

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
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

| | <i>Pág.</i> |
|--|-------------|
| Estudios monográficos | |
| GORDILLO CAÑAS, Antonio: <i>Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español</i> | 527 |
| CAÑIZARES LASO, Ana: <i>Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español)</i> | 695 |
| MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: <i>El «levantamiento del velo jurídico» en el ámbito de un mismo grupo de sociedades: ¿Un falso debate?</i> | 751 |

Bibliografía

LIBROS: AA.VV.: *Estudios in memoriam del Prof. Manuel Iglesias Cubría*, por Gabriel García Cantero.—BOTANA GARCIA, G.A.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, por J.M.^a Caballero Lozano.—ESPIN ALBA, I.: *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, por Javier Lete Achirica.—GARCIA RUBIO, M.^a P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, por J.M. Lete del Río.—GARCIA TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, por José Bonet Correa.—GOMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los Consumidores y Usuarios*, por Nieves Fenoy Picón.—MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídicas privadas tutoras. (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, por M.^a T. Carrancho Herretero.—ORDUÑA MORENO, F.J.: *La insolvencia*, por Carmen Jerez Delgado.—PEREZ ALVAREZ, M.A.: *Interpretación y Jurisprudencia*, por José Antonio Doral García. 837

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Remedios ARANDA RODRIGUEZ, M.^a del Rosario DIAZ ROMERO, Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ, M.^a Paz GARCIA RUBIO, Isabel GONZALEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN, Isabel SIERRA PEREZ 863

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

— «El deber de mitigar el daño». (A propósito de la STS 1.^a de 15-11-94), por A. SOLER PRESAS 951

— «Responsabilidad del dueño de la obra por los daños causados en el inmueble colindante». (Comentario a la STS de 1-6-1994), por J. BARCELO DOMENECH 971

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Silvia ALGABA ROS, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Ignacio DIAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCIA CANTE-RO, Regina GAYA SICILIA, Virginia MURTULA LA-FUENTE, José Manuel DE TORRÉS PEREA 989

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 II



ABRIL-JUNIO
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.: 84-7787-973-7 (Tomo II)

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.

Bases del Derecho de Cosas
y Principios Inmobiliario-Registrales:
Sistema español (*)

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: *I. Preliminares:* 1. Nexo y necesario proemio en defensa de los Principios hipotecarios. 2. Sobre el modo de proceder en esta materia *II. Bases de nuestro Derecho de Cosas:* 1. Inmediación de los derechos reales. 2. Absolutividad o transcendencia. 3. Realismo y causalismo transmissivo. 4. *Numerus apertus*. 5. Seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe. 6. Rigurosa especialidad de todos los derechos reales y publicidad registral absoluta y no constitutiva de los inmobiliarios. *III. Principios Hipotecarios:* 1. *Principios sustantivos:* 1.^o Principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito. 2.^o Principio de prioridad-rango. 3.^o Principio de legitimación o presunción de exactitud del Registro. 4.^o Principio de fe pública registral. 5.^o Principio de buena fe. 2. *Principios instrumentales u organizadores:* 1.^o Principio de publicidad formal. 2.^o Principio de especialidad o determinación. 3.^o Principio de registración por fincas o de folio real. 4.^o Principio de registración mediante inscripción. 5.^o Principio de rogación. 6.^o Principio de titulación auténtica 7.^o Principio de control de legalidad, o de calificación registral. 8.^o Principio de prioridad-cierre. 9.^o Principio de tracto sucesivo. *IV. Epílogo: El carácter rigurosamente civil de los Principios Hipotecarios.*

(*) Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 94-1452, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

I. PRELIMINARES

1. NEXO Y NECESARIO PREMIO EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

En una entrega anterior mantuvimos la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los arquetípicos modelos latino y germánico (1). El nuestro, haciendo del Registro de la Propiedad un instrumento-soporte de la confianza jurídicamente protegida de los terceros —distinto en esto al francés—, pero sin interferir, desnaturalizándolo, en el mecanismo adquisitivo ordinario, ni superponerse a la realidad extra-registral sofocándola innecesariamente —a diferencia ahora del alemán—, resulta ser un peculiar sistema, espiritualista y causalista, de publicidad (apariciencia jurídica) con plena eficacia positiva. Procede ahora razonarlo o justificarlo con mayor detalle, integrando nuestro sistema de publicidad inmobiliario-registral en el marco general de nuestro Derecho de Cosas y descomponiéndolo en los principios que estructuralmente lo conforman.

No se nos oculta que el enunciado de un propósito como el que se acaba de formular puede suscitar algún tipo de reservas: ¿No supone llamar de nuevo a los principios hipotecarios a una función explicadora del íntegro conjunto, que una parte importante de la doctrina se inclina hoy a negarles? Y más radicalmente: ¿es posible llegar a una determinación siquiera aproximadamente exacta y suficientemente objetiva de los principios hipotecarios como para pretender sobre ellos el consenso desde el cual emprender el camino hacia la explicación del sistema? Sin minimizar el peso de estas objeciones, creemos en el valor de los principios, y convenimos en que su utilidad explicadora sobrepasa largamente el peligro de su hipervaloración (2): mantenidos en su justa dimensión, afrontados en la debida perspectiva, y mutuamente relacionados entre sí, permiten obtener una cabal visión y comprensión del sistema; como la que nosotros ahora pretendemos, al abordar la explicación más detallada de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria como un conjunto normativo inspirado en la doctrina de la protección de la apariencia jurídica.

Las actitudes de prevención contra los principios hipotecarios se han producido en nuestra doctrina después de que Don Jerónimo Gon-

(1) Cfr. nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, en este ADC, 1994, II, pp. 21 ss.

(2) Cfr. STAUDINGER-SEILER (12 Auf. 1989) Einl zu §§ 854 ff. Zr 36, en relación con los principios del Derecho de Cosas: «Mit einer Übersicht über die leitenden Regelungsprinzipien werden Verständnis und Lösung sachenrechtlicher Fragen erleichtert und der Blick für die Eigenheiten des Sachenrechts geschärft. Solche Vorzüge überwiegen die Gefahr einer Überschätzung.»

zález destacara sus excelencias y los elevara a clave metodológica «para hacer llegar al gran público las coordenadas del sistema» (3). Aparte alguna singularidad puramente terminológica, referente a la denominación «principios» y tendente a su sustitución (4), la crítica de fondo contra una tal concepción encuentra su más detenida y pronunciada expresión en la obra de Sanz Fernández (5), a quien posteriormente han seguido Lacruz-Sancho (6)

(3) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. *Principios hipotecarios*. «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil», Madrid 1948. I, p. 291: «Estas grandes líneas directrices orientan al juzgador, economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoría de científicas.

Por eso el autor de este trabajo viene desde hace lustros preocupado con la idea y la tarea de poner de relieve los principios hipotecarios y se cree exonerado de buscar mayores justificaciones al método adoptado para hacer llegar al gran público las coordenadas del sistema»..

Es significativo que en CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, 12.^a ed. Madrid 1931, pp. 59-66, los «principios» aparezcan todavía en forma poco destacada y bajo el epígrafe: «Caracteres principales de nuestro vigente sistema hipotecario». Efectivamente, y como es afirmación común (*cf.*, e.c. COSSIO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid 1956, p. 16). Don JERÓNIMO GONZÁLEZ es el introductor entre nosotros del estudio del Derecho Hipotecario a través de sus principios; la doctrina posterior se ha hecho eco de la ventajas que el gran hipotecarista les atribuía, repitiendo con frecuencia el párrafo transcrito al principio de esta nota, que, curiosamente, a veces se atribuye a ROCA SASTRE (así, e.c., ocurre en SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario I*, Madrid 1947, p. 231, y en CRISTÓBAL MONTES: *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, p. 176). Una indicación sobre la significación de J. GONZÁLEZ como introductor de los principios hipotecarios y la reacción de la doctrina posterior, en CASTÁN: Prólogo a los «Estudios...», *cit.*: *La personalidad...*, p. XXIII, nota 31.

(4) Sería el caso de Don Ignacio DE CASSO ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid 1951, pp 137-139, esp., 137, quien, considerando «ambiciosa en extremo» la denominación «principios», adopta en su lugar la de «presupuestos». Sobre esta denominación, baste el juicio de GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I Madrid 1988, p. 534: «Pero la expresión "presupuestos del sistema registral", aparte de haber sido un intento sin ningún éxito entre los autores, no se acomoda a la verdadera naturaleza de los principios hipotecarios, que no son algo previo y exterior al Derecho hipotecario, sino que están en el contenido del mismo Derecho Hipotecario, constituyendo su propia sustancia. Además, hay principios hipotecarios que actúan como "requisitos" de la inscripción, y otros como "efectos" de ella; pero no como presupuestos».

(5) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid 1945, pp. 3335; *vid.*, también. *Instituciones de Derecho Hipotecario I*, Madrid 1947, pp. esp. 231-234. Una réplica al mismo, en MARÍN PÉREZ, Pascual: *Los principios de la relación jurídica registral*. RDP 1947, pp. 658 664.

(6) *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1984. En el mismo Prólogo a esta edición indica LACRUZ el origen de la obra: unas «Lecciones de Derecho inmobiliario registral», publicadas en 1957, que «suponían una ruptura con la habitual exposición "por principios". Ya en la obra, p. 49, se dirá: «Entre algunos hipotecaristas se llega a exagerar el papel y función de estos principios, considerados entonces como la clave para sistematizar la materia registral. Personalmente, pensamos que no suministran, por sí mismos, un buen orden lógico para la exposición, siendo el expositor quien ha de agrupar primero los diversos órdenes de ideas, para poner luego el principio correspondiente al frente de cada capítulo». Más detallada e intensa la crítica, en la anterior edición de la misma obra. Barcelona 1968.

y Peña Bernaldo de Quirós (7). Hoy las aguas parecen vueltas a su cauce, y, sin que nadie pretenda hacer de los principios la panacea del Derecho Hipotecario, tampoco son infrecuentes las reivindicaciones de su valor como instrumento necesario para el conocimiento científico del sistema inmobiliario-registral (8). En nuestra opinión, ésta es la línea en la que se debe proseguir; mucho más cuando, como es ahora el caso, no se intenta hacer una exposición completa y en detalle de todo el heterogéneo contenido de nuestra Ley Hipotecaria, sino de captar la más nuclear inspiración del sistema de publicidad en ella establecido, y de explicar su configuración y desarrollo como derivación lógica de aquella inspiración originaria. Desde este punto de vista, el recurso a los principios hipotecarios nos parece, más que simplemente legítimo, de todo punto necesario.

Efectivamente, desde que la formulación general del Derecho tiende a concentrarse en la ley, y, consiguientemente, desde que ésta se ve en la necesidad de dar expresión completa al Derecho, la norma legal, estructurada y articulada en forma de código, tiene que construirse como un cuerpo sistemático. La necesidad de cohesión interna en el íntegro conjunto normativo, impone la elección, ante las distintas posibilidades, de sus principios básicos, y el desenvolvimiento de los mismos traducido en la continuidad de su influjo, determinante de la línea de tratamiento impuesta a los diferentes problemas previstos y resueltos dentro de su ámbito de irradiación. Esta a modo de vertebración de la ley codificada por sus principios, que en nuestra Codificación civil resulta tan patente desde la visión simultánea de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988 y el Código Civil, no podía dejar de producirse en la Ley Hipotecaria: De la Serna, el gran jurista cuya memoria va tan indisolublemente unida al feliz proceso de concepción, elaboración, redacción

(7) *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid 1982, pp. 537-538, de las que nos limitamos a transcribir lo dicho en la nota 12: «No obstante, hay obras que constituyen una notable aportación para el conocimiento del sistema registral y que siguen el método de exposición por los "principios", y entre ellas, muy señaladamente, la obra, extraordinaria, de ROCA. Pero sus resultados científicos no se dan por el método seguido, sino a pesar del método seguido».

(8) Es el caso, e.c., de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 84: «Tradicionalmente, los autores, a partir de Jerónimo GONZÁLEZ, venían estudiando el Derecho Hipotecario a través de los llamados "principios hipotecarios". Modernamente, está surgiendo una corriente contraria a tales principios y a la sistematización a partir de los mismos, siguiendo otras directrices. En mi opinión, se ha exagerado la crítica a la doctrina de los "principios hipotecarios", que sigue siendo la base fundamental de una sistemática de Derecho Hipotecario. Ahora bien, hay que reconocer que en esta rama jurídica no todo son "principios hipotecarios"...». También, CHICO Y ORTIZ: *La publicidad efecto y la publicidad noticia*, RDP 1994, p. 146: «... solamente queda apuntar mi postura fiel tanto a la concepción de los principios y su enumeración, como a la valiosísima ayuda que prestan para el entendimiento del Derecho Hipotecario».

y explicación de la Ley, da explícita razón de su técnica codificada (9), y don Bienvenido Oliver, comentarista también de primerísima hora, la caracteriza y califica como ley *sistemática*: «verdadero Código o cuerpo sistemático de leyes» (10). Así debía ser necesariamente en una ley que nace con vocación muy conscientemente reformadora del anterior Derecho, y que, a partir de una muy lúcida y deliberada opción por la seguridad del tráfico inmobiliario, sin poder contar ni con la experiencia histórica ni con el dato iluminador de la ciencia del Derecho (11), se propone construir un sistema de publicidad inevitablemente complejo y de indudable influjo en el conjunto de las instituciones, especialmente civiles (12).

(9) GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid 1862, p. 154: «Se quería, como dijo entonces la Comisión de las Cortes, acomodar a los tiempos modernos las leyes esparcidas en los antiguos cuerpos legales, reducir las a sus primeros principios, y darles el orden, precisión y claridad indispensables para que fijaran de un modo estable y conveniente los derechos de los ciudadanos, las opiniones de los sabios y el juicio de los magistrados: se quería, en una palabra, no compilar, sino codificar».

(10) OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid 1892, p. 154: «La forma analítica y reglamentaria que, según acabo de demostrar, ostenta la Ley Hipotecaria, no fue obstáculo sin embargo para que sus autores, al redactar los numerosos preceptos que contiene, dejasen de inspirarse en los nuevos principios verdaderamente científicos que adoptaron como base fundamental de la misma; antes por el contrario, pusieron empeño singular en que cada uno de aquellos preceptos no fuese más que el desarrollo o desenvolvimiento de tales principios, llevados gradualmente hasta sus últimas consecuencias y aplicaciones hallándose, en su consecuencia, unidas y enlazadas de una manera armónica todas las disposiciones de la Ley, por lo mismo que todas reciben la fuerza y la vida de los nuevos principios aceptados por el legislador. Puede por lo mismo afirmarse que la Ley Hipotecaria es un verdadero Código o cuerpo sistemático de leyes».

(11) Así se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, p. 224 (citamos por su edición en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. I. ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid 1974): «Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comisión en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto de él lo que en la mayor parte de las instituciones del Derecho Civil, en que la ciencia y la experiencia de una larga serie de siglos han llegado a formar reglas admitidas universalmente, y que vienen a formar el Derecho común de los pueblos civilizados.

La legislación hipotecaria, como sistema, es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones a que da lugar tan interesante parte de la legislación civil...».

(12) *Cf.*: la misma Exposición de Motivos, pp. 239-240: «... el proyecto cambia profun-
da y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas; casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto a ellas, sufren en mayor o menor escala cambios importantes: el Derecho Civil experimenta alteraciones transcendentales: apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden de la familia, a la sociedad conyugal y a la potestad paterna; en el de tutelas y curadurías, a las relaciones entre el menor o incapacitado y los que están encargados de su guarda; en el de la propiedad y los demás derechos en la cosa, a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de las sucesiones, al respeto a la voluntad del testador o a la disposición de las leyes; en el de los contratos, a la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos.

En una situación tan marcadamente fundacional y de tanta trascendencia era imposible no detenerse en una muy ponderada y consciente elección de los principios más conducentes al fin propuesto; y no adoptar como programa el lógico desenvolvimiento de los mismos en la determinación de la línea a seguir en las sucesivas encrucijadas planteadas como presupuesto de hecho a lo largo de todo el proceso de explicitación normativa en la pergeñación de la Ley.

En efecto, ya en las *Concordancias* de García Goyena al Proyecto de 1851, da razón Luzuriaga del régimen previsto para la hipoteca y, mas generalmente, para el entonces denominado *Registro Público*, como resultado de una decidida aplicación y coherente desarrollo de los dos grandes principios caracterizadores del sistema alemán o germánico: los principios de publicidad y especialidad (13). Lo mismo puede comprobarse respecto de la Ley Hipotecaria con la sola lectura de su Exposición de Motivos. Concibe ésta a la Ley como un edificio asentado en *fundamentos cardinales* (14) y configurado por las bases y principios que conforman su sistema. Principio, base, fundamento, sistema ... son palabras que se repiten una y otra vez a lo largo de la Exposición de Motivos poniendo de manifiesto la lógica interna del concepto de publicidad que se acoge y la coherencia entre su desenvolvimiento y el modo de organización del Registro que la sirve y materializa. Aunque la comprobación, supuesta la lectura de la Exposición de Motivos, no sea necesaria, y, en todo caso, aunque no sea éste el momento de proceder a ella *in extenso* y con detalle, baste alguna muestra como ilustración de lo dicho.

La seguridad del tráfico inmobiliario o, en la terminología de los autores de la Ley, «la seguridad de la propiedad», será, en el nuestro como en cualquier otro posible, «la condición más esencial» del sistema

Todo está íntimamente ligado a la Ley de Hipotecas: a todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujetado a revisión; todo ha sufrido grandes modificaciones...».

(13) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión Zaragoza 1974, p. 927: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y de *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*; sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro»; p. 942: «En el título anterior se han consagrado los principios de *publicidad* y de *especialidad* para las hipotecas; en este se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no solo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan a la propiedad territorial».

(14) P. 223: «La Comisión de Codificación tiene el honor de elevar a manos de V. E. el adjunto Proyecto de Ley de Hipotecas. Al cumplir con este deber, cree que está en el caso de manifestar los fundamentos cardinales del Proyecto y las disposiciones más importantes que contiene».

hipotecario, o su más radical principio inspirador (15). Constituido, como materialización de la publicidad e instrumento al servicio del principio que la impone y determina sus efectos, el Registro de la Propiedad en su «primera base» (16), y adoptado para el mismo el principio de especialidad (17), —después de contrastados y ponderados los modelos comparados— se construye desde bases nuevas el sistema hipotecario (18) y se establece una forma de organización del Registro (19) que pueda garantizar al tercero en la confianza depositada en la apariencia jurídico-registral (20).

(15) Exposición de Motivos, pp. 226-227: «... la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada por el peso de su descrédito».

(16) *Ib.*, p. 226: «Que la inscripción, pues, o transcripción de la propiedad inmueble debe comprenderse en el proyecto, está fuera de toda duda: no sería reformar nuestra legislación hipotecaria en sentido progresivo, sino empeorarla, o mejor dicho, anularla por completo, si se prescinde de que la primera base de la Ley fuera el Registro de la Propiedad».

(17) *Ib.* p. 232: «... No puede decirse, en verdad, que la Ley de Enjuiciamiento Civil haya adoptado explícitamente el principio de que todas las hipotecas judiciales deban ser especiales y expresas: no podía adoptarlo, porque no era el lugar oportuno para hacerlo; pero al menos, por lo que a ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto como únicos para lo sucesivo»; p. 282: «toma la Comisión al Derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que se han de ajustar las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban escritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el Proyecto».

(18) *Ib.* pp. 226-228: «Resuelto este primer punto, la Comisión tenía que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debía adoptarse. Esto, naturalmente, la empujó en el examen del mérito relativo de los dos sistemas que hoy dividen a los pueblos y a los hombres de ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la Comisión. Con él es incompatible el crédito territorial... Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado: por eso puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia... No presenta tantos inconvenientes el sistema que, admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas... Pero este sistema que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor... No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

(19) *Ib.* p. 307: «No ha tenido la Comisión que luchar con dificultades tan graves en esta parte del Proyecto [«Del modo de llevar los Registros»] como en todas las hasta aquí mencionadas. No hay que consultar en ella los derechos existentes, ni tratar de conciliarlos, ni establecer el difícilísimo tránsito de un sistema a otro basado sobre principios diferentes. Sin inconveniente alguno se puede adoptar un nuevo método de llevar los Registros y aceptarlo con todas sus consecuencias...».

(20) *Ib.* pp. 248-249: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente... El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente».

Este núcleo de proposición de fines y articulación de medios estará siempre presente en la explicación del sentido de la Ley y en la justificación de sus determinaciones. Así, por ejemplo:

En la caracterización jurídico-privada y civil de la publicidad inmobiliario-registral, en abierto contraste con su configuración marcadamente fiscal en el Derecho francés:

«Esta manera que tiene la Comisión de considerar la Ley Hipotecaria, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del Proyecto que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa...» (21).

En la justificación del principio de que lo no publicado no perjudica a tercero, extendido en la Ley a materias ajenas a la hipoteca, pero interferidas por la publicidad y sus resultados:

«Ya queda expuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la Ley. La Comisión, que lo ha admitido sin excepción, ha consignado como consecuencia indeclinable que debía tener fuerza aun contra acreedores singularmente privilegiados. En esto ha reformado el antiguo Derecho tan solo en la parte que se refiere a las hipotecas, porque el privilegio nunca ha alcanzado a los demás derechos reales Otras innovaciones no menos transcendentales introduce el Proyecto en el antiguo Derecho respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro.

Las innovaciones que con este motivo ha introducido la Comisión se refieren a la revocación de las donaciones, al retracto legal por causa de venta, a las rescisiones de las ventas por no haberse pagado el todo o parte del precio al comprador, y por haberse vendido y entregado a un segundo comprador lo vendido antes a otro, a las rescisiones por lesión

(21) *Ib.* p. 238:

enorme y enormísima, a la restitución in integrum, y a la rescisión de enajenaciones hechas en fraude de acreedores...» (22).

En la fundamentación del después llamado principio de prioridad:

«En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble ...

No es extensivo ésto a las hipotecas: la anterior, no inscrita, será postergada a la que de fecha más moderna se inscribió más pronto: aquí ya no existe peligro alguno; si la finca hipotecada basta para pagar a ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza a tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, éste exclusivamente se aprovechará de la hipoteca» (23).

En la radical exclusión de las hipotecas generales y ocultas:

«Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro Derecho las generales: si prevalece el principio de la Comisión, quedarán desde luego reformadas todas las leyes que las prescriben o autorizan, y nada significará la cláusula de hipoteca general que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, como de hecho no lo ha significado desde la creación de las contadurías de hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes, y no se extienda, como es muy común, a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta

(22) *Ib.* p. 249. También, y con mayor detalle, el texto anteriormente citado en la nota 12.

(23) *Ib.* pp. 248-249.

de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y a la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad» (24).

En la explicación del alcance de la anotación preventiva:

«Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales que aún no han llegado a su perfección, ni están consumados, o que son eventuales o transitorios, o que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *prenotación*.

El haber sido siempre y ser hoy entre nosotros especial la hipoteca judicial, liberta a la Comisión de la necesidad de entrar en la cuestión a que en otros países ha dado lugar la que se extiende sobre todos los bienes presentes y aun sobre los futuros. Al propósito de la Comisión basta decir que, recayendo siempre la hipoteca judicial sobre un hecho real determinado por la inscripción, cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial, ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de la que nunca se prescinde en el proyecto» (25).

En la inspiración del régimen de la hipoteca voluntaria:

«No cree la Comisión necesario descender a otras disposiciones que o son una nueva confirmación del Derecho antiguo o una aplicación de los principios cardinales de la Ley, o una derivación de ellos. Nadie podrá desconocer los motivos que se han tenido en cuenta al escribirlas» (26).

(24) *Ib.* p. 231.

(25) *Ib.* p. 233.

(26) *Ib.* p. 283.

O, por último y para poner ya fin a este muestrario, en la determinación del régimen de la extinción y cancelación de los asientos registrales:

«El principio dominante en toda esta materia es que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o del derecho real inscrito: que las anotaciones preventivas, no sólo se cancelan por la extinción del derecho anulado, sino también cuando se conviene en escritura o se dispone por providencia judicial convertirlas en inscripciones definitivas, y por último, que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho. Estas reglas son una consecuencia de los principios adoptados por la Comisión, y que dominan en todo el Proyecto» (27).

Podrá concederse que a la altura de 1861 hay todavía poco rigor en la explicitación y enunciación separada de los singulares principios que informan la Ley Hipotecaria, pero lo que a la vista de los textos transcritos queda fuera de toda posible duda es que toda ella rezuma esa inequívoca concepción principal que permitió a Oliver caracterizarla como *sistemática* (28), y que, condensada en lo que De la Serna —ponente de su Exposición de Motivos (29) y autor de su primer comentario— llamaba la *filosofía o espíritu* (30) de la ley, proporcionó

(27) *Ib.* p. 263.

(28) *Cfr. supra*, nota 10. En conformidad con tal carácter afronta Oliver su estudio y comentario de la Ley —*cfr. op. cit.* p. 874—: «Para satisfacer aquella necesidad concebí muchos años ha el pensamiento, que desde luego comencé a poner en ejecución, de dar a conocer dicha Ley en la misma forma en que yo había llegado a adquirir el conocimiento de todos y cada uno de sus preceptos; es decir, transformados o convertidos éstos en *instituciones*, agrupadas entre sí en virtud de cierta trabazón interna, bajo un plan general que responda a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se propuso ordenar el legislador, o, en otros términos, en *forma sistemática*» (subr. del a.).

(29) «Fue ponente de la Exposición de Motivos el Sr. Gómez de la Serna», dice CÁRDENAS: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Madrid 1871, p. 149, nota 1. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 166, nota 1, se limita a indicar la Composición de la Comisión: «Componían entonces la Comisión de Codificación y suscribieron la Exposición de Motivos y el Proyecto de ley, los señores D. Manuel Cortina, D. Pedro Gómez de la Serna, D. Manuel García Gallardo, D. Francisco de Cárdenas, D. Pascual Bayarri, D. José Ibarra y D. Juan Manuel González Acevedo».

(30) SERNA: *op. cit.* p. 175: «...la participación que se tiene en los secretos del legislador, alienta para seguirlo hasta las últimas consecuencias que emanan de los principios fundamentales de su obra, la imaginación se pone en actividad, el talento se ejercita, y la memoria no necesita hacer tantos esfuerzos, porque la filosofía de la ley, más fácil de retener que su texto, impide que éste se olvide por completo»; *Id.* p. 508: «... no basta que los principios establecidos en las leyes sean buenos y aceptables, es menester también que el legislador los desenvuelva para su aplicación práctica, hasta el punto de que no quede a arbitrio de los que han de ejecutar las leyes, desnaturalizarlas, ya por no comprender su espíritu...».

a éste la guía explicadora de la misma (31) como desenvolvimiento de los principios de publicidad y especialidad. Es que, aunque los principios estén siempre subyacentes en la obra del legislador, no es tarea de éste distinguirlos entre los vectores que forman la trama de la ley, seleccionarlos en su condición de tales acotando el específico ámbito de irradiación de cada uno de ellos, y darles nombre propio. Todo eso es competencia de la doctrina y presupone un cierto desarrollo en los estudios de comentario e interpretación del texto de la ley. Se comprende bien, por tanto, que en la literatura jurídica más próxima a la aparición de la Ley Hipotecaria, en los balbuceos de la ciencia de la publicidad registral, sólo destacaran los principios de publicidad y especialidad como «los cardinales que informan la ley» —según con frecuencia se decía— y proporcionan la *ultima ratio* del conjunto de sus disposiciones. Será más adelante, cuando el acervo de doctrina hipotecaria se enriquezca —entre nosotros como fuera de nuestras fronteras—, cuando se haga posible la floración de los principios hipotecarios, que en nuestra patria encuentra su más explícita y significativa expresión en la obra de Don Jerónimo González fechada en 1931 precisamente con el título «Principios Hipotecarios». No es que ahora por primera vez salga a luz una concepción principal de la Ley Hipotecaria, es sólo que ahora salta a primer plano el intento de distinguir y explicitar los principios que la informan y de obtener desde ellos la mejor y más completa comprensión y exposición del contenido de la Ley. Pero será también, justamente ahora, cuando los principios, en el cenit de su protagonismo, entren en crisis y, envueltos en la polémica —si no son rechazados— inicien el descenso a los terrenos menos combatidos de la indiferencia. De todas formas, justo es observarlo, su huella habrá quedado grabada en los más inmediatos aledaños de la Ley. La *Exposición* de la de 30 de diciembre de 1944 supone el espaldarazo a los principios. Principalmente se concibe la Ley de 1861, y, no estimándose indispensable «una honda innovación en nuestros cardinales principios hipotecarios», se acomete tan sólo el desenvolvimiento «con la necesaria amplitud y en forma más orgánica», de los «principios tímidamente invocados o de modo fragmentario acogidos por los autores de aquel texto legislativo», ya que «hoy día, la generalidad de los autores están persuadidos de que el sistema vigente, más que una profunda y total reforma, necesita desarrollar y aplicar sus principios en toda su integridad y extensión». Así concebida la reforma, no es extraño que la *Exposición* de Motivos de la ley se estructure como un recorrido a través

(31) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 32: «No debemos aquí descender a otros pormenores: ocasión oportuna se presentará de hacerlo en los Comentarios, al explicar los principios fundamentales de la ley...». *Id.* pp. 173-174: «... necesario es penetrar en la voluntad misma del legislador, investigar el objeto que se propone, estudiar los principios en que se funda y examinar con cuidadoso afán el modo de desenvolverlos».

de los principios de inscripción (32), legitimación, fe pública registral, especialidad y tracto sucesivo.

Efectivamente, es que, supuesta —como no puede ser menos— la racional coherencia de la ley, hay que contar necesariamente en su estudio con los principios que la informan. En nuestra opinión, tiene razón Carretero cuando constata que tales principios se imponen incluso a los tratadistas más reacios a su valor (33). Con todo, teniendo a la vista los reparos de la corriente crítica, será conveniente, antes de entrar en su exposición, dedicar unas líneas a la precisión del concepto «principios» en su aplicación específicamente hipotecaria, y a las pautas necesarias para la corrección y fecundidad de su empleo.

En cuanto a la precisión del concepto, casi podría decirse que cualquier problematización en ella resultaría artificiosa: hay práctica unanimidad en que la idea de los «principios hipotecarios» no evoca ni la de los últimos principios en su significado filosófico, como axiomas racionales o verdades de evidencia, ni siquiera la de los principios jurídicos directamente conectados con el Derecho Natural y, en condición de tales, entitativamente previos y superiores a los principios de *jus positum*; se limitan los principios hipotecarios a ser «principios post-legales o consecuenciales a la ley» (34), es decir: principios exponentes de una libre opción del legislador ante las posibles alternativas (35), que, por su carácter básico, al mismo tiempo que informan la ley y le imprimen su característico signo regulador (36), determinan la línea de su

(32) Con buen criterio —y a diferencia de lo que ocurre en el tratamiento doctrinal de la materia— la Exposición de Motivos no utiliza la expresión «principio de inscripción» al ocuparse de razonar lo atinente al significado y valor de la inscripción en nuestro sistema registral.

(33) CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Los principios hipotecarios y el Derecho comparado*. RCDI 1974, p. 31: «Nuestros tratadistas, incluso los más reacios al empleo de la expresión, no saben prescindir de ellos, y sus desarrollos son siempre algo más que una mera glosa de la ley».

(34) Para el sentido exacto que atribuimos a esta expresión, *cfr.* nuestro trabajo: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Madrid 1990, pp. esp. 67-72, y, antes, en este mismo ADC, 1988, pp. 504-508.

(35) *Cfr.* COSSÍO: *op. cit.* p. 15: «Tales principios no son axiomas inconcusos, sino más bien creaciones técnicas, instrumentos idóneos, para conseguir en la realidad las finalidades específicas perseguidas por la institución registral ...»; DE CASSO: *op. cit.* p. 138: «Pero tal noción del «principio» nos parece ambiciosa con exceso, aplicada a los llamados entre nosotros «principios hipotecarios», porque no puede decirse que éstos sean *axiomas o postulados universales* incontestables, ni tampoco verdades *primeras* inconcusas ... Son, más bien, rasgos típicos, características o «presupuestos» de un buen sistema registral, como lo es el alemán, o las bases o *supuestos previos* para su adecuada organización». *Vid* también, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947 pp. 226-229.

(36) *Cfr.* CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 175: «Consideración liminar ha sido que al lado del concepto lógico y filosófico del principio cabe el concepto jurídico del mismo, el cual no tiene por qué suponer una verdad inmutable y evidente por sí, un axioma inconcuso, sino basta se configure como una orientación general, como una dirección fundamental que, informando al ordenamiento inmobiliario y dotándole de sentido unitario, merece elevarse a la categoría de regla caracterizadora, de rasgo típico del sistema registral».

coherente desarrollo. Consisten, pues, en la espina dorsal, ideas-fuerza (37), o líneas directrices (38) de la Ley, en los criterios fundamentales (39) que, tras haber inspirado la Ley (40), de ella se extraen y se deducen (41). Es evidente que de esta acotación del concepto «principios hipotecarios» deriva la justificación de la peculiar utilidad de los mismos: Al permitir extraer la «filosofía de la ley», se convierten en el connatural instrumento de su conocimiento racional o científico. Lo destacó ya De la Serna (42) y posteriormente lo expresó, en sí mismo y en sus consecuencias, Don Jerónimo González: porque los principios elevan la investigación a la categoría de científica, proporcionan la triple ventaja de permitir al legislador la economía de preceptos, orientar al juzgador en su cometido, y facilitar al estudioso su tarea propia (43).

(37) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 48: «... lo que podríamos llamar las «ideas-fuerza» de nuestro ordenamiento inmobiliario registral ... Mas los principios son, sobre todo, y desde que se inicia la génesis de la Ley, como la espina dorsal de su redacción...».

(38) De «líneas directrices» habla D. Jerónimo GONZÁLEZ, *Cfr. Principios hipotecarios*, Estudios... I, p. 291.

(39) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed 1979, I p. 183: «En cuanto al concepto estos principios pueden considerarse como el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia, manifestada en una serie de *criterios fundamentales, orientaciones esenciales* o *líneas directrices* del sistema inmobiliario registral español».

(40) Para GIMÉNEZ ARNAU, Enrique: *Tratado de Legislación Hipotecaria* I, Madrid 1941, p. 25, los principios «constituyen una a modo de orientación o dirección fundamental de la que los preceptos concretos pueden considerarse como derivaciones lógicas».

(41) *Cfr.* RAMOS FOLQUES, Rafael: *Lexicografía hipotecaria. Su necesidad. Los principios en la Filosofía y en la ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los Principios Generales del Derecho; la fisonomía del Derecho Hipotecario español; significación de los Principios hipotecarios en España*, RCDI 1947, p. 150: «La enunciación de principios hipotecarios, labor científicamente encauzada por D. Jerónimo, sin darle desde luego un valor puramente filosófico, ha sido una operación inductiva, y así, todas aquellas normas que por su alcance y generalidad presidían las operaciones registrales... se han llamado principios hipotecarios». LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «Entendemos aquí por *principios hipotecarios* aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos...»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 537: «En realidad, los principios hipotecarios son manifestaciones del Derecho positivo, por lo que tienen el mismo valor que los preceptos de los que emanan. Por tanto, no se trata de elevarlos a principios generales, ni de darlos un valor por encima de la Ley, sino el resultante de la propia Ley. Se trata, en una forma concisa y sistemática, de expresar lo que la misma Ley dice».

(42) *Op. cit.* p. 175: «Cuando el estudio de las leyes se hace de esta manera, desaparece la aridez que fatiga a los que lo cultivan; la participación que se tiene de los secretos del legislador, alienta para seguirlo hasta las últimas consecuencias que emanan de los principios fundamentales de su obra, la imaginación se pone en actividad, el talento se ejercita, y la memoria no necesita hacer tantos esfuerzos, porque la filosofía de la ley, más fácil de retener que su texto [sic], impide que éste se olvide por completo».

(43) Es el texto, después tan repetido: «Estas grandes líneas orientan al juzgador, economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoría de científicas» *Cfr. Principios hipotecarios*, Estudios, I, p. 291.

Aparte de ello, naturalmente, los principios, por serlo y en tanto que efectivamente informadores de la Ley, cumplirán su correspondiente función de guía interpretadora y elemento integrador de la misma (44). Si alguna virtualidad implica en Derecho la noción misma de principio es la de trascender la norma que concretamente lo aplica en cada singular supuesto de hecho.

Tampoco es difícil señalar cuáles han de ser las pautas para la correcta y fecunda utilización de los principios hipotecarios. Es claro que debe rehuirse toda tendencia excesiva, tanto hacia la multiplicación como hacia el reduccionismo: ni descomponerlos hasta elevar cualquier derivación a principio, ni reducirlos de forma que todo quede encerrado en el principio de seguridad del tráfico jurídico (45). Debe, igualmente, distinguirse entre ellos, al menos, entre principios materiales o referidos a los efectos de la publicidad y principios formales o atinentes a la organización del Registro y a los requisitos de la inscripción; sólo así podrá superarse la objeción de que los principios no pueden proporcionar el orden sistemático de exposición del régimen de la publicidad registral (46).

Finalmente, habrá de atenderse mucho a que los principios —en tanto que informadores de la Ley y extraídos o deducidos de ella— lo son, en nuestro caso, de nuestro concreto Ordenamiento; lo que, al mismo tiempo que nos permitirá sortear la acusación de mimetismo

(44) Referencia a la función interpretadora, e.c., en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 48, y en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* ps. 536-537. A dicha función y a la integradora, en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 231-232. Se aparta de esta visión VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, López y López - Montes Penadés (Coords.), Valencia 1994, p. 803: «Desde un punto de vista técnico [los llamados principios hipotecarios] no son auténticos principios, de los que se pueda predicar una función integradora del sistema y, por supuesto, no alcanzan, en ningún caso, la categoría de principios generales del Derecho».

(45) Ha sido SANZ FERNÁNDEZ —*op. cit.* pp., esp., 227, 229 y 232— quien con más énfasis ha denunciado los peligros del exceso multiplicador y la consiguiente dosis de arbitrariedad que puede introducir en la determinación de los principios. El propio autor es quien llega a afirmar, en reacción contra esta tendencia, que, en rigor, sólo serían auténticos principios los de publicidad de los derechos y protección del tráfico jurídico.

(46) La objeción puede verse formulada en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 232-233: «Los principios hipotecarios no sirven para la exposición sistemática del Derecho inmobiliario; por el contrario, son perturbadores para la misma, toda vez que impiden la debida valoración de sus preceptos, mezclan las normas sustantivas y las de mero procedimiento ...». También, en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 49: «Personalmente pensamos que no suministran por sí mismos, un buen orden lógico para la exposición ...», y en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.* p. 538: «La denominación de cada uno manifiesta la falta de naturaleza homogénea: unas veces se alude con ellos a ideas cardinales de naturaleza normativa (ejemplo, principio de buena fe); otras, son simples índices de cuestiones poco expresivos sobre el criterio aceptado en el sistema español (ejemplo, principio del consentimiento, principio de inscripción). La exposición del Derecho Registral por sus (convencionales) principios dificulta la visión del sistema registral».

germanista (47), nos situará en óptimas condiciones para afrontar nuestro sistema de publicidad desde una visión comparatista, como con tanto énfasis ha propugnado entre nosotros Tirso Carretero (48). Así utilizados los principios, creemos que el recurso a ellos es no sólo útil; puede ser, además de necesario, suficiente cuando, como es ahora nuestro propósito y según ya hemos advertido, de lo que se trata no es de abordar el estudio de la completa y heterogénea Ley Hipotecaria, sino de ceñirnos a la interpretación de nuestro sistema de publicidad inmobiliario-registral. Parece fuera de duda que todo sistema resulta de la coordinación de los principios que lo configuran.

2. SOBRE EL MODO DE PROCEDER EN ESTA MATERIA

Comprobada y razonada la concepción principal de la Ley Hipotecaria, queda abierto el camino hacia la determinación de los principios que internamente la vertebran y configuran. El empeño podría parecer difícil y comprometido si se le acometiera con ánimo dogmático-definitorio, atados a una delimitación unívoca y estricta del concepto «principio» y con la intención de llegar a una enumeración absolutamente objetiva, rígida y exacta —completa en los que enuncia y excluyente de cualquier otro— de los principios hipotecarios. No es esa nuestra disposición en este momento; ni la materia la padece (49), ni resulta necesaria a nuestro propósito. Supuesto el dato cierto de la regulación legal, la determinación de los principios que la informan es tarea que implica en sí misma alguna dosis de subjetivismo, tanto en lo que se refiere a la amplitud o extensión que se atribuya al propio concepto de «principio», como en la selección, dentro del entramado legal, de los criterios que, por su proyección e incidencia en la conformación

(47) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed 1968), p. 63: «... se desorbita entre algunos hipotecaristas españoles el concepto y papel de estos *principios*, ya por perderse de vista su estricta relación con cada ordenamiento jurídico concreto (así, hablan muchos de un "principio de inscripción" en el Derecho hipotecario español, sin darse cuenta de que la palabra *Eintragungsprinzip* significa, abreviadamente, que un ordenamiento exige la inscripción como requisito de los cambios, por negocio jurídico, en los derechos reales) ...».

(48) *Los principios hipotecarios y el Derecho comparado*, RCDI 1974, p. 33: «... el método comparatista es el único idóneo para la investigación de esos principios, en Derecho inmobiliario registral más que en ninguna otra rama jurídica».

(49) Convenimos con DE CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed Madrid 1951, p. 139, en que: «No puede afirmarse que exista un número fijo de ellos. Serán tantos como rasgos fundamentales pueda estimarse que informan el sistema de Registro adoptado».

de la Ley, merezcan ser elevados a la condición de tal (50). Conscientes de ello, a nosotros, que no pretendemos ahora más que obtener la visión panorámica desde la cual captar la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario (51), nos es posible una actitud más desembarazada, y bastante un cometido más sencillo: desechando el rigor de las opiniones restrictivas que limitarían los principios hipotecarios a sólo uno (52), o, a lo más, a dos (53), vamos a atenernos como pauta a la relación de principios que, como tales, han recibido algún refrendo legal (54) y que han sido admitidos por el común de la doctrina (55). Nos basta con ello para situarnos en una adecuada concepción de los principios, que nos sirva de punto de partida en nuestro intento de apurar y perfilar en el contraste de su entronque con la peculiar inspiración de nuestro sistema hipotecario.

(50) Puede verse así reconocido en JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*. «Estudios ... I, p. 294: «por último ha de advertirse que, como el paso de una norma general a la categoría de principio depende, a veces, de la mayor o menor impresión que la verdad produzca en el ánimo del investigador, o de la amplitud con que el tema aparezca a sus ojos, quedan justificadas las variantes, sin mengua de la evidencia interna de la orientación». Sobre este dato, SANZ FERNÁNDEZ —*Instituciones*, I, p. 232— objeto a la determinación de los principios hipotecarios un «grave vicio de origen: la arbitrariedad».

(51) La obtención de esta visión en panorámica del sistema es la principal ventaja de los principios. Cfr. STAUDINGER-SEILER: *Einl I zu § 854 ff.*, Rz 38: «Mit einer Übersicht über die leitenden Regelungsprinzipien werden Verständnis und Lösung sachenrechtlicher Fragen erleichtert und der Blick für die Eigenheiten des Sachenrechts geschärft. Solche Vorzüge überwiegen die Gefahr einer Überschätzung».

(52) En esta línea apunta GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 25, al indicar que el primer principio, en lo jurídico y en lo cronológico, sería el principio de publicidad, del cual derivarían, como corolarios, los de integridad, veracidad, oficialidad o legalidad y notoriedad. Algo similar puede verse en DE CASSO: *op. cit.* p. 167: «Nosotros entendemos que ese presupuesto superior, y quizá el único al que pueda darse con justeza el nombre de "principio" registral, es el de *publicidad*, del cual emanan o derivan los de *legitimación y fe pública* registral».

(53) Es el caso de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 227: «acaso los únicos principios que ... se podrían sostener en toda su pureza serían los de *publicidad y protección del tráfico jurídico*», y 229: «Ya hemos visto que dentro de una concepción teórica y puramente científica, los únicos principios básicos que se podrían descubrir en todos los sistemas hipotecarios quedarían reducidos a dos: *Publicidad de los derechos reales y protección de la seguridad del tráfico de inmuebles*».

(54) *Ad rem*, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 234: «No obstante, en nuestras leyes hipotecarias se ha llegado a hablar de los principios hipotecarios».

La ley Hipotecaria de 1861 formuló, en su exposición de motivos, los principios de publicidad y especialidad, únicos desenvueltos por la doctrina científica de la época.

En la actualidad, la Ley de 1944 ha hablado con más extensión de los principios hipotecarios. La disposición adicional segunda, al regular la autorización para publicar el nuevo texto de la ley Hipotecaria, decía que había de hacerse sin mengua de los principios fundamentales del sistema. Y en su preámbulo menciona los principios de especialidad, tracto sucesivo, legitimación, fe pública, buena fe».

(55) Pueden verse, *ad exemplum*, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, *cit.* pp. 291-296; DE CASSO: *op. cit.* p. 139; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 229-231; COSSIO: *op. cit.* pp. 15-18; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 183-188; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 48-59; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* pp. 176-186.

Por otra parte, siendo necesariamente heterogéneo y complejo el Derecho de la publicidad inmobiliaria, al tener que abarcar tanto los efectos de la publicidad, como la organización del Registro y el acceso de las titularidades inscribibles al mismo, parece obvio que al menos esta distinción deba llevarnos a diferenciar entre principios hipotecarios sustantivos o materiales y principios organizativos y formales (56). Es cierto que tal clasificación puede no ser del todo nítida; que no es difícil, sino más bien connatural y necesaria, la íntima comunicación entre lo sustantivo y lo adjetivo (57).

(56) Tal distinción, aunque con variantes o añadidos, parece prácticamente impresa. MORREL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria* 1 2.^a ed. 1925, pp. 80-82, distingue: A) Principios sustantivos, 1.^o Primarios o fundamentales (Individuación de la finca, Transcendencia de los derechos reales y prioridad o rango entre los mismos, y Tracto sucesivo) y 2.^o Secundarios o derivados (Especialidad, Publicidad, Legalidad); B) Principios adjetivos: 1.^o Normas de organización de los Registros, y 2.^o Normas de funcionamiento. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 230-231, distingue: «A) Principios que regulan la esfera de actuación del Derecho Inmobiliario: *principio de inscripción*, dentro del cual, y como precedente necesario, debe recogerse la teoría del título y el modo. B) Principios que gobiernan los requisitos previos o presupuestos de la inscripción: *titulación auténtica, principio de rogación, principio del tracto sucesivo y principio de legalidad*. C) Principios que gobiernan los efectos de la inscripción: *principio de prioridad, principio de legitimación y principio de la fe pública*. D) Principios que gobiernan la organización del Registro y fijación de los derechos reales: *principio de especialidad*. No convencido respecto de la distinción entre principios sustantivos y adjetivos se manifestaba JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.* p. 295: «Por otra parte, la clasificación de los principios hipotecarios en sustantivos y adjetivos no es clara. Basta detenerse unos momentos a examinar el orden en que aparecen en los textos citados y los calificativos con que se matizan, para comprender que la mezcla de lo material y de lo formal, que caracteriza a los estudios hipotecarios, aflora también en las cimas doctrinales»; actitud en la que igualmente se manifiesta ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 188, aun cuando terminando por decantarse en favor de la clasificación: «La clasificación de los principios hipotecarios se ha verificado desde distintos puntos de vista, pero la más interesante es la seguida por ciertos autores alemanes, algunos de los cuales señala JERÓNIMO GONZÁLEZ, que los clasifican en principios *sustantivos* o *materiales* y principios *adjetivos* o *de procedimiento*, si bien el citado jurista no estima clara esta clasificación. No creemos que se pueda ser devoto, ni mucho menos, de la virtud de esta clasificación, pero sí que la confrontación de algunos principios hipotecarios revela la existencia de tal diferenciación entre ellos, como ocurre si se compara el principio de *fe pública* con el de *tracto sucesivo*, por ejemplo». En nuestra doctrina más reciente, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 537-539, tras rechazar como artificial la distinción que se atenga a aspectos formales y materiales, clasifica los principios según se refieran a los efectos de la inscripción o a los requisitos de la misma.

(57) Para MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht* 1, 5 Auf. Berlín 1957, pp. 287-294, el principio de consentimiento se manifiesta materialmente en el *Einigungs-Grundsatz* y formalmente en el *Bewilligungsprinzip*; el de inscripción, materialmente en el valor constitutivo de la inscripción, y formalmente, cuando ésta sólo alcanza valor declarativo; el de publicidad, materialmente en la legitimación y en la fe pública registral, y formalmente en la mostrabilidad del Registro a quien acredite interés; el de especialidad, materialmente actúa como principio del Derecho de Cosas, formalmente en su aplicación al asiento registral; el de prioridad o rango, materialmente en el *Locus-prinzip* (§ 879 BGB), formalmente en la orden de práctica de la inscripción para posibilitar el rango (§ 45 GBO). Los principios de legalidad y rogación serían sólo principios formales.

De todas formas creemos preferible la adopción de este criterio clasificatorio a prescindir del mínimo de sistematización que el mismo representa, o a sustituirlo por el meramente temporal (principios previos, simultáneos y posteriores a la inscripción [58]), que, aunque muy pedagógico, sin desmentir totalmente el que hemos propuesto, atiende a un criterio de muy poco valor sistematizador.

Pero, a su vez, el Derecho sustantivo de la publicidad inmobiliario-registral tiene que estar en conexión y coherencia con las grandes líneas del régimen de los derechos reales (*Sachenrecht*). Ni valdría un Sistema de derechos reales desmentido por el de la publicidad inmobiliaria, ni sería admisible que el Sistema registral viniera a hacer violencia al régimen de los derechos a cuyo servicio se pone el mecanismo de la publicidad. Implica ello que, como previo a la determinación de los principios hipotecarios, hayamos de atender, aunque sea brevemente, a la de las bases del Derecho de Cosas, en las cuales los principios registrales encuentran su necesario punto de engarce dentro del conjunto normativo referido a los derechos reales inmobiliarios. Es éste el proceder habitual en la doctrina alemana, donde bases del Derecho de cosas (*Grundsätze des Sachenrechts* o *Prinzipien des Sachenrechts*) y principios inmobiliarios (*Grundsätze des Immobiliarsachenrechts*) aparecen, cuando no entremezclados, como dos niveles de idéntica orientación aun cuando de distinta concreción, en el segundo de los cuales se entreveran, formando unidad, los principios registrales (59). Algo de ello puede verse también en nuestros autores, concretamente, en Morrell (60), González Martínez (61), De Casso (62), y Lacruz-Sancho (63).

(58) Así, CHICO ORTIZ: *op. cit.* pp. 173-178: Previos: legalidad y rogación; simultáneos: prioridad, especialidad y tracto sucesivo; posteriores: legitimación y fe pública registral.

(59) Así puede verse en STAUDINGER-SEILER: *Einl zu §§ 854 ffRz 36-61 (Prinzipien des Sachenrechts: Absolutheit, Numerus clausus, Abstraltheit, Spezialität, Publizität, Akzessorietät)* y STAUDINGER-ERTL: *Vorbem zu §§ 873-902 Rz 23 (Grundsätze des Immobiliarsachenrechts, donde, junto a los más generales principios de absolutividad, numerus clausus y abstracción, se enumeran el principio de consentimiento material (materielles Konsensprinzip), de inscripción (Eintragungsprinzip o Buchungsprinzip), publicidad (en su doble proyección de fe pública registral —§§ 892-893 BGB— y legitimación —§ 891—), rango (Ranggrundsatz) y especialidad (Beschränkungsgrundsatz o Spezialitätsprinzip)*. Es que, como se indica en MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 287, el Derecho sustantivo de la publicidad registral penenece al régimen de los derechos reales.

(60) *Op. cit.* pág. 22: «Teniendo el Derecho inmobiliario por objeto principal reglamentar los derechos que recaen sobre los bienes inmuebles, necesitamos tomar como punto de partida esos mismos derechos, arrancando del concepto de propiedad, exponiendo ciertas ideas generales sobre la misma, sobre los derechos reales en general, sobre los llamados título y modo de adquirir y sobre el requisito de su publicidad».

(61) Quien, como es sabido, inicia el tratamiento de los singulares principios hipotecarios estudiando la teoría del título y el modo (*Cfr. Principios Hipotecarios*, ed. 1931, pp. 19-102).

(62) Quien, tras poner de manifiesto la íntima conexión entre los principios hipotecarios y la concepción general del «Derecho de cosas», enumera entre las características de nuestro sistema registral el criterio de *numerus apertus* de los derechos reales inscribibles (*Derecho Hipotecario*, *cit.* pp. 67-68).

(63) Quienes en la edición de 1968 de su *Derecho Inmobiliario Registral*, pp. 62-65, exponiendo, como alternativa a los principios hipotecarios, las que denominan «reglas fundamentales del Registro español», incluyen entre ellas la de adquisición extra-registral de los derechos reales, de acuerdo con el sistema del título y el modo.

Supuestas las anteriores observaciones, el orden lógico de la exposición a partir de este momento debe ser el inverso al seguido hasta ahora. Habremos de dedicarnos, en primer lugar, a la indicación de las bases de nuestro Derecho de Cosas; a continuación haremos la relación de los principios —sustantivos y adjetivos— de nuestro sistema registral, y, finalmente, tras dicha relación y antes de entrar en la exposición y fundamentación más detenida de cada uno de tales principios, habremos de hacer expresa y razonada exclusión de aquellos otros que, a veces propuestos en nuestra doctrina, son en realidad incompatibles con la inspiración general de nuestro sistema y con la ley que en concreto lo conforma. Naturalmente, en esta parte previa a la exposición de los principios específicamente hipotecarios, hemos de limitarnos al máximo, atendiendo sólo a lo esencial y procurando la mayor brevedad posible.

II. BASES DE NUESTRO DERECHO DE COSAS

Comenzando por la indicación de las bases del Derecho de Cosas, podrían señalarse en nuestro sistema las siguientes: 1.^a Inmediación e inherencia de los derechos reales; 2.^a absolutividad o transcendencia de los mismos; 3.^a realismo y causalismo de su mecanismo transmisor; 4.^a *numerus apertus*; 5.^a seguridad del tráfico a través de la protección de los terceros de buena fe; 6.^a rigurosa especialidad de todos los derechos reales y publicidad registral absoluta y no constitutiva de los inmobiliarios.

1. *Inmediación e inherencia de los derechos reales.* En la doctrina alemana es habitual comenzar la relación de las bases del Derecho de Cosas haciendo referencia a la absolutividad de los derechos reales. A nuestro juicio, la nota de la inmediación es, al menos, tan caracterizadora del derecho real como la de su absolutividad, y en el orden lógico debe precederla por constituir su peculiar fundamento. En efecto, la absolutividad, que al ser nota también de los que Windscheid destacaba como derechos sobre la propia persona (*Rechte an der eigenen Person*) (64) no es nota exclusiva de los derechos reales (65), se fundamenta en éstos como una consecuencia de su inmediatividad. Porque el derecho real consiste en un poder inmediato y directo en la cosa, constituye una situación jurídica inherente a la misma, que, sin intermediación de prestación debitoria alguna, impone a todos en general un deber de respeto. Sabemos que esta caracterización del derecho real dista mucho de

(64) WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 Auf. I (reimpresión 1984), pp. 166 y ss., esp. 173-175.

(65) WINDSCHEID: *op. cit.* pp. 176: «*Die persönlichen Rechte sind relative Rechte. Die dinglichen Rechte und die Rechte an der eigene Person sind absolute Rechte*».

ser pacífica en el planteamiento dogmático de la figura, pero no es éste el lugar ni la ocasión para entrar con detenimiento en la polémica. Baste retener que, al ser el derecho real —según su concepción clásica, incólume, a nuestro juicio, tras los intentos de su revisión— un poder en la cosa, proyecta inmediatamente sobre ella una situación de Derecho que todos han de respetar.

2. *Absolutividad o transcendencia.* De absolutividad se habla en la doctrina alemana; en la nuestra Morell emplea para designarla el término «transcendencia» (66). Significa que los derechos reales se proyectan *erga omnes*, por todos deben ser respetados y, en consecuencia, contra todos deben resultar protegidos (67). Según lo antes dicho a propósito de la inherencia, la absolutividad, aunque nota no exclusiva del derecho real, constituye una de sus características, con peculiar o específico fundamento, en este campo, al ser pura derivación de aquella. A la inmediatidad, pues, más que a la absolutividad, ha de atribuirse, a nuestro juicio, la condición de llave para la comprensión de las demás bases del Derecho de Cosas, que en la doctrina alemana se atribuye a ésta última (68). El principio o base de la absolutividad o transcendencia tiene una importante consecuencia que ya en este lugar debe ser resaltada: Si el derecho real, por serlo, es un derecho absoluto, no puede mantenerse para el mismo, sin contradicción con su concepto, la posibilidad de una duplicidad transmisiva que, según se la entienda operar a través de la inscripción registral o de la entrega que sigue al contrato, dé lugar, respectivamente, a la adquisición de un derecho absoluto o valedero *erga omnes*, o a un derecho relativo, esto es: eficaz sólo *inter partes* (69).

(66) MORELL Y TERRY: *op. cit.* p. 80, enumerando los *principios sustantivos* de nuestro sistema registral: «2.º El de *transcendencia de los derechos reales ...*».

(67) Así, en STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 37: «Die Bezeichnung "absolut" soll sich auf ihre Wirkungen beziehen: Dingliche Rechte sind gegen jedermann gerichtet, von jedermann zu beachten und daher gegen jedermann geschützt». En términos sustancialmente similares, MORELL: *op. et loc. ant. cit.*: «... para que sean respetados por la colectividad y perjudiquen a todo posterior adquirente».

(68) De nuevo, STAUDINGER-SEILER: *loc. cit.*: «Das so verstandene Absolutheitsprinzip gibt den Schlüssel zum Verständnis weiterer Sachenrechtsgrundsätze. Denn die weitreichenden Wirkungen der dinglichen Rechte, insbesondere der umfassende Rechtsschutz, nötigen auf der anderen Seite aus Gründen der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und des "Freiheitsschutzes" zu weitgehenden Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeiten und zu anderen Sonderregelungen».

(69) Lo mantiene, e. c., DE CASSO: *op. cit.* p. 68: «Consecuencia de ello: Que en nuestro Derecho quedaron vigentes *dos modos* de adquirir o transmitirse el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles: 1.º Por la *inscripción*, según el artículo 25 de la Ley Hipotecaria de 1861, *erga omnes* (contra los que no inscribieron y contra los que inscriben con fecha *posterior*). 2.º Por el *contrato*, *entre los contratantes*, o por los demás medios que señala el artículo 1473 del Código civil ...». También, VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI 1949, p. 301: «Este sentido de la Ley Hipotecaria del 61 y de sus antecedentes dando valor constitutivo a la inscripción respecto de tercero, se recogió en el vigente Código civil, principalmente en los arts. 462, 606, el 608 y el 1473, que no están en contradicción con el 609 del mismo Código, que al establecer el modo de adquirir mediante la tradición, se refiere sólo al modo de adquirir derechos reales relativos sobre bienes inmuebles, regidos por el Código civil en tanto en cuanto no actúe la inscripción ...».

Si efectivamente se adquiere un derecho real, se le ha de adquirir tal como el derecho real es en sí mismo: caracterizado por la nota de su natural transcendencia u oponibilidad *erga omnes*. Una cosa es que el Derecho pueda supeditar, en favor de terceros desconocedores de buena fe, la oponibilidad de los derechos reales inmobiliarios a la inscripción de los mismos, y otra bien diferente, que el derecho adquirido carezca por completo de su peculiar oponibilidad hasta el momento de su inscripción. Buena prueba de ello es que, sin inscripción, el derecho real perjudica a los terceros que saben de su existencia.

3. *Realismo y causalismo del sistema transmisivo*. Es éste uno de los puntos donde decididamente nuestro Derecho de Cosas se mantiene distinto a los habituales modelos comparados. Francia, posteriormente seguida por Italia y Portugal, siguiendo las modernas conquistas del Derecho de la Ilustración, sustituyó el clásico sistema del título y el modo para erigir en pieza característica del *Code Napoleon* el de transmisión *solo consensu*; en el extremo opuesto, Alemania, pretendiendo servir a la seguridad del tráfico y haciéndose eco de una errada interpretación de las filentes romanas por Savigny, instaurará en el BGB el complejo y artificioso mecanismo de la transmisión mediante negocio, distinto al obligacional que lo precede, real y abstracto (*durch Einigung; Trennungsprinzip y Abstraktionsprinzip*) (70). Es claro que el sistema de transmisión puramente consensual, aparte de incoherente con la caracterización del derecho real como poder inmediato y directo en la cosa —lo que parece implicar la actualidad posesoria—, es lo más contrario que pueda imaginarse a la natural visibilidad de los derechos reales y a la seguridad del tráfico (71); pero demasiado ufanos de su Código estaban los autores franceses como para poder plantear sin escándalo la posibilidad de rectificarlo en este punto al instaurar en 1855 su sistema de publicidad inmobiliaria (72). A su vez, la pirueta alemana del negocio de transmisión real y abstracto, si llega a lograr la seguridad del tráfico, es tan claramente en contra del buen sentido y de la invencible sensación de la realidad e intuición de la justicia, que hoy, en la misma Alemania, toman progresivamente cuerpo las orientaciones revisionistas (73). Ningún paralelo, felizmente, en nuestro

(70) Sobre ello, *cf.*: STAUDINGER-SEILER, *op. cit.* Rz 48 y 49.

(71) Así se reconoce, *e.c.*, en MAZEAUD (H. et L.)-MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, T. III, 2.^a ed. París 1963, p. 511: «Cette conception du rôle du contrat, plus satisfaisante sur le plan philosophique, est pleine de dangers pour les tiers qu'aucun signe n'avertit désormais de la modification de la situation de l'immeuble».

(72) Una muestra importante, en TROPLONG: *Droit civil expliqué. Privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855 SUR LA TRANSCRIPTION en matière hypothécaire*. París 1864, pág. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoleon; il fait un des ses principaux mérites; et c'eût été rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte».

(73) De nuevo, STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 50-53.

Derecho. El mantenimiento, en buena hora (74), del sistema del título y el modo en nuestro Código Civil, nos permite contar con un mecanismo transmisivo en el que, sin merma de la seguridad del tráfico, como después veremos, se salvan la realidad de los *iura in re* y la fundamentación en justicia y en Derecho de su transmisión voluntaria. La realidad de los *iura in re*, porque no llega a adquirirlos el que no es puesto, mediante la tradición o entrega, en la posesión de la cosa. La fundamentación de su transmisión, porque se hace depender ésta del negocio que remota o indirectamente la justifica. He aquí la peculiaridad realista y causalista de nuestro sistema transmisivo de los derechos reales.

4. «*Numerus apertus*» de los derechos reales. Punto también que favorablemente nos distingue, dentro de los sistemas de publicidad positiva, frente al arquetipo germánico o modelo alemán y a su variante suiza, es el básico principio de *numerus apertus* de los derechos reales; principio que, tanto él como su alternativa contraria: el *numerus clausus*, algo tiene que ver con el sistema transmisivo adoptado, con la jerarquización de los valores que deben inspirar el Derecho de Cosas, y con la misma organización del soporte material o físico de la publicidad registral; esto es: con la distribución del folio real.

Efectivamente, los sistemas germánicos se gobiernan en este punto desde el criterio del *numerus clausus*. Consiste el mismo, como es bien sabido, en la rígida tasación legal del número (*Typenfixierung*) y contenido (*Typenzwang*) de los derechos reales: sólo los legalmente previstos, y éstos sin posibilidad de alteración de su contenido típico. El principio se considera tan connatural a los derechos absolutos, que cualquier explicación o fundamentación del mismo se considera ociosa: lo justifican de forma evidente —se dice— las exigencias de seguridad y claridad del tráfico y de simplificación del Registro Inmobiliario (75).

Desde luego que la separación del negocio real-transmisivo respecto del obligatorio que le precede, facilita la concepción uniforme de unos derechos reales nacidos directamente del molde abstracto del contrato real, y, a través de este, ya fuera del Derecho de Obligaciones, donde al principio de la autonomía de la voluntad se reconoce su más

(74) Nos apartamos decididamente en este juicio de valor del que, en sentido contrario, manifestaba D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *loc. ult. cit.*, pp. 19-102, al exponer, magistralmente por otra parte, los orígenes y evolución histórica de la teoría del título y el modo, concepción que califica de «técnica inservible y deficiente» (p. 71), y de la que considera (p. 89) que la doctrina española se ha apartado: «La doctrina española ha conquistado, por lo tanto, el último baluarte de la técnica moderna y ha separado el acto transmisivo de la *cosa* (sic) *justa* en que se apoya».

(75) Sobre todo ello, *cf.*: STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 38.

expedito campo de juego (76). La facilita, decimos, pero no es determinante: el contrato real o negocio transmisivo no deja, por ser real, de ser negocio; también a él podrían adjuntarse, de suyo, condiciones o modalidades que alteraran el contenido típico del derecho transmitido (77). Son, por ello, consideraciones de política jurídica las que van a terminar por imponer el criterio del *numerus clausus*: las ya indicadas exigencias del tráfico y, en no menor medida, la conveniencia de simplificación del Registro mediante el cómodo procedimiento del «encasillado» (78).

No ocurren así las cosas en nuestro Derecho. Ya el sistema del título y el modo, «haciendo dormir al derecho real en su cuna de

(76) Vid. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, RCDI 1949, p. 146: «c) Contratos reales. Para que el derecho real sea independiente y aislado de la obligación, la ley alemana, en contra de las latinas, crea compartimientos estancos para la obligación y para el derecho real. Obligaciones y derechos reales, nacen, viven y mueren, cada uno en su mundo, con completa independencia. Por eso hay contratos *obligacionales*, que crean obligaciones, y contratos *reales* que crean solamente derechos reales. El contrato real, desconocido en las legislaciones latinas y en la española, es abstracto, desconecta el derecho real de su causa, título u obligación precedente. Son como los juicios sintéticos *a priori*. Pero ya preguntaba Nietzsche a la filosofía de Kant ¿son posibles *a priori* niños vivos? Los niños y los derechos reales son *a posteriori*; nacen con figura humana, etc., pero después de un período de concepción y gestación, después de toda una abultada embriología. Los juicios sintéticos *a priori* de Kant o los derechos reales del B.G.B. son productos artificiales, sin contacto con la vida normal. Por eso unos y otros han sido objeto de fuertes repulsas en la misma teórica alemana de nuestros días».

(77) Así, WOLFF-REISER: *Derecho de Cosas*, I «Tratado de Derecho Civil», ENNECERUS-KIPP-WOLFF, 3.^a ed. Barcelona 1971, pp. 225-227.

(78) Cfr. para esa equiparación de motivos justificadores, STAUDINGER-SEILER: *loc. ant. cit.*: «... so wird das numerus clausus-Prinzip in der heutigen Dogmatik für notwendig gehalten und mit dem Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und Vereinfachung (man denke nur an die grundbuchrechtlichen Schwierigkeiten) gerechtfertigt». En nuestra doctrina, para la conexión entre *numerus clausus*, facilitación de la labor del Registrador, y encasillado, SERRANO SERRANO, Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales del la Universidad de Valladolid, n. 18-19 (enero-junio 1934) p. 5: «Se dirá: ¿entonces, qué ventaja tiene la adopción del sistema de *numerus clausus* si sigue la misma diversidad de derechos reales? Tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados. De esta forma se evita esa riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho; se facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas; se facilita en alto grado la gestión del Registro, y se deja expedito el camino de los derechos personales, para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas»; COSSIO: *op. cit.* p. 91: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales, en un doble número de consideraciones: ... 2.^o En el deseo de simplificar el sistema de los derechos facilitando el orden y claridad de los asientos registrales, que pueden, de esta forma adaptarse al cómodo sistema del encasillado».

obligaciones» (79), permite la irradiación del principio de la autonomía de la voluntad a la configuración de los mismos. Esto en nuestro Derecho es algo obvio: la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, pueden ser objeto del contrato (art. 1280, 1.^o), y como una manifestación de la libertad contractual explicaba DE LA SERNA la amplísima posibilidad de configuración de los derechos reales, tan claramente reconocida en la Ley Hipotecaria (80). Pero es que, sobre todo, nuestro Ordenamiento no ha sucumbido al atractivo de ese sacrificio de los fines a los medios que en otros sistemas ha llevado a la instauración del *numerus clausus*. No deja de causar cierta sorpresa que la llamada «libertad fundiaria» pueda sobreponerse a la libertad personal impidiendo a los particulares la adaptación de los derechos reales a sus singulares intereses (81). Ni la claridad y seguridad del tráfico dejan de ser valores instrumentales, llamados por ello en buena política jurídica a subordinarse a los intereses a cuyo servicio se ordena el mismo tráfico de bienes. Y nada se diga de la distribución del folio registral mediante el sistema del encasillado: nunca puede ser más clara la subversión de los medios y su imposición sobre los fines

(79) La expresión es de NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ... cit.* p. 146. Éste es el párrafo completo: «b) *Numerus clausus*. - Los seres independientes tienen su personalidad aislada, fija y determinada. No hay más derechos reales que los exhaustivamente señalados en el Código. Son plazas limitadas. La autonomía de la voluntad no puede crear nuevos derechos reales y, aunque muy difícilmente los puede yuxtaponer, desde luego no los puede mezclar y confundir. Las legislaciones latinas, y también la española, haciendo dormir al derecho real en su cuna de obligaciones, mantiene el sistema literal contrario: el *numerus apertus*. La voluntad puede crear y configurar derechos reales».

(80) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 454-455: «... no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él sin duda los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre contratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procuraría agotar el legislador, por casuísticas que hiciera las leyes, y mucho menos si conociendo la índole de su misión, las inconveniencias de empeñarse en resolver soberanamente lo que solo puede ser obra de la jurisprudencia, y la inutilidad de hacerlo, porque entrando en este camino, la materia es infinita, se circunscribe a dictar reglas para los casos frecuentes y algunas disposiciones generales respecto a todos los derechos y obligaciones que no formula bajo denominaciones especiales. Esto es lo que hacen todos los códigos civiles modernos».

(81) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid 1978, p. 94: «Por último se observará que entran en juego razonamientos y argumentaciones que son de política general, de política jurídica y de política económica. La tesis del *numerus clausus* parece fundada en el principio de libertad fundiaria y de libertad del comercio de la tierra, que trata de impedir la amortización de la propiedad, de evitar la multiplicación de cargas y gravámenes y de facilitar el comercio de las propiedades y los cálculos de los adquirentes, esto es, un interés social general, frente a los intereses concretos en que pueda fundarse la constitución del derecho real. Todo ello, naturalmente, dando por supuesto que la libertad de comercio constituye un *desideratum*».

que cuando la simplificación del Registro se erige en causa justificadora de la limitación de los derechos que, por ser reales, serían inscribibles, y de la negación de la natural libertad que a los particulares corresponde para configurarlos a la medida de los propios intereses. Nuestro Ordenamiento, sabiendo poner cada cosa en su sitio, ha venido a consagrar un sistema abierto donde los derechos reales, sin tasa legal y libremente configurables, tienen acceso a un Registro que, con folio real pero sin encasillado, puede reflejarlos en la peculiaridad de su conformación y contenido, dándoles de este modo la cognoscibilidad necesaria en un tráfico cuya ordenación conjuga adecuadamente el respeto a los intereses individuales dignos de tutela con las exigencias instrumentales de la seguridad y la claridad.

Es verdad que en nuestra doctrina no siempre se han visto las cosas tal como hasta aquí las venimos exponiendo. El *numerus clausus* se ha considerado a veces como un *desideratum* (82); se ha dicho que la cuestión relativa a él o a su contrario no está en nuestro Derecho legalmente resuelta (83); se han traído razones en favor del sistema número-clausista, tanto de política jurídica —mayor transcendencia económica y social de los derechos reales; garantía de limitar la tutela del Derecho a intereses dignos de ella (84)— como de estricta dogmática del Derecho

(82) CAMPUZANO: *Elementos*, cit. p. 124: «A su vez, el Código civil debía haber adoptado el criterio del *numerus clausus*, haciendo una enumeración tasada de los derechos reales»; pp. 252-253: «En primer lugar, se debe hacer notar que la determinación de la naturaleza del derecho, con arreglo a los preceptos citados, se ha de hacer con referencia al nombre con que sea conocido, lo cual, a nuestro entender, es sumamente vago e impreciso. Lo más acertado sería que la legislación estableciera el principio del *numerus clausus*, determinado por medio de una lista, los derechos que tenían la consideración de reales y las facultades y obligaciones que la construcción jurídica de cada uno de ellos implicaba. En esta forma bastaría con referirse al derecho real consignado en la ley para que se conociera con toda exactitud su naturaleza»; DE CASSO: *op. cit.* pp. 286-287: «El artículo 2.º debiera haber enunciado los derechos reales inscribibles con carácter cerrado (*numerus clausus*), para evitar las actuales vacilaciones de los Registradores, que califican con criterio dispar, y también de la jurisprudencia, ante las nuevas figuras ideadas por la inventiva en la contratación. Aun cuando la doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección van limitando mucho esas nuevas figuras, sin embargo, es preferible un sistema "cerrado", enunciado en la Ley. En cambio, el nuevo R.H. parece propender a fomentarlas (artículos 7.º y 8.º)».

(83) Díez-PICAZO: *Fundamentos*, cit. pp. 82-84, finaliza el examen de la cuestión a la luz de los preceptos legales y reglamentarios vigentes, diciendo: «Lo que en rigor dicen la L.H. y el R.H. es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al C.C., por donde la cuestión queda sin resolver». Debe notarse, sin embargo, que más adelante (p. 96) afirma: «Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar».

(84) Cossío: *op. cit.* p. 91: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales, en un doble número de consideraciones: 1.º En el deseo de proteger solamente mediante derechos de eficacia real, aquellos intereses tradicionalmente reconocidos, y mantener alejados de la vida jurídica aquellos tipos de derecho real que no responden a necesidades comprobadas. Precisamente el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales; el amplio círculo de intereses que por ellas son afectados, hace que la autonomía de la voluntad deba, en ellas, ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias».

—el contenido del pacto no puede salir de la relación *inter partes* (85)—; se ha terminado minimizando la peculiaridad de nuestro Derecho en este punto, diciendo que los límites impuestos al *numerus apertus* por las propias exigencias institucionales del derecho real aproximan nuestro sistema a los de *numerus clausus* (86).

En nuestra opinión ninguna de estas manifestaciones o reservas tienen sólido fundamento. ¿Un *desideratum* el *numerus clausus* cuando su propio rigor le hace saltar, teniéndose que abrir un portillo, allí donde está establecido, a las determinaciones voluntarias de los particulares (87), que, no cabiendo en la estrechez del encasillado, fuerzan a la consulta complementaria del *Eintragungsvermerks* (§ 874 BGB) en Alemania (88), y llevan en Suiza a un desbordamiento de las «anotaciones atípicas», que, en expresión de DESCHENAUX se han venido a convertir en los últimos años en el recurso del legislador para hacer oponibles a terceros las modificaciones introducidas por los particulares al régimen de los derechos reales (89)?

(85) Así, DÍEZ-PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, en «Homenaje a Roca Sastre» II, p. 326. Le sigue AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2, Madrid 1978, p. 275. También LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho Civil* III, vol. 1.^o, 1.^a parte, Zaragoza 1987, p. 27: «También el argumento *ex art. 1255* queda en cuestión si se repara en que tal precepto, cuando establece la libertad de crear *obligaciones*, lo hace dentro de un esquema rígido de lo que es la *obligación* o el crédito, y además con eficacia *inter partes*».

(86) Con remisión a ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 350: «Estas limitaciones, unidas a la circunstancia de que las diversas utilidades o servicios que de las fincas pueden obtenerse a título de derecho real en cosa ajena, están conseguidas con los derechos reales tradicionalmente admitidos en sus diversas formas, reducen de tal modo la libre determinación de los particulares que se ha podido decir por algún autor que de hecho y en el fondo nuestro Derecho positivo sigue la doctrina del *numerus clausus*»; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed. Zaragoza 1984, p. 89: «Hay, pues, un número *relativamente limitado* de derechos sobre las cosas (inmuebles, en nuestro caso)».

(87) COSSÍO: *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, en «Anales de la Universidad Hispalense» 1945, pp. 132-133: «No se nos ocultan, ciertamente, las ventajas que ofrece, en cuanto a la configuración de los derechos reales, el llamado sistema del *numerus clausus*, al dar una mayor fijeza de contornos, y una más intensa seguridad al tráfico de aquellos, simplificando extraordinariamente las operaciones registrales y facilitando el examen de los libros; pero es lo cierto que aun aquellos Códigos que, como el alemán y el suizo, le consagran en su articulado, dejan siempre abierto un portillo para que puedan llegar a la existencia jurídica e ingresar en las hojas registrales, las más variadas y complejas relaciones, y es que, como decía Goethe, la ciencia es pobre frente a la riqueza palpitante de la vida».

(88) *Cfr.* STAUDINGER-ERTL, *ad* § 874, Rz 11.

(89) DESCHENAUX, Henri: *Le Registre foncière*, Fribourg 1983, p. 559: «Le législateur, surtout ces dernières années, s'est servi du moyen de l'annotation pour rendre opposable aux tiers acquéreurs une modification apportée au régime des droits et obligations résultant d'un rapon de droit réel». Más en general, sobre la emersión de la libertad configuradora de los derechos reales en el sistema suizo a través de la *anotación*, *vid.* el mismo DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 278-279 y 519-523, y antes, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 16), pp. 14-18.

Curioso resultado el de la alianza del *numerus clausus* y el encasillado registral: ¡las determinaciones voluntarias terminan abriéndose hueco dentro del sistema y la insuficiencia del folio obliga a la consulta de documentos complementarios (90)!

Tampoco parece convincente la objeción de que el contenido y la eficacia del pacto no puede trascender a las partes que lo otorgan. Esto vale, naturalmente, para el pacto o contrato de eficacia obligacional (art. 1257), pero no para el que tiende a configurar situaciones de poder en la cosa. Siendo este poder en la cosa inmediato y directo, a ella adhiere constituyendo una situación de derecho susceptible de afectar a cualquiera que con la misma pudiera entrar en contacto. Es cierto que esa libertad de configuración voluntaria del estatuto de las cosas con natural proyección *erga omnes*, podría significar una seria amenaza para el tráfico: para todos aquellos que, ajenos al pacto configurador, pudieran verse sorprendidos por el mismo. Pero justamente para eso está la publicidad registral; concretamente la predisposición de nuestro Registro para recoger y hacer cognoscibles las peculiaridades configuradoras de cualquier posible pacto *con transcendencia real* (91).

Finalmente, la afirmación de que nuestro sistema se acerca, de hecho, a los de *numerus clausus* nos parece o una concesión conciliadora en quienes no quieren tornar partido en favor de una de las contrapuestas opciones, o un recurso a la «consolación» en quienes desearían ver consagrado en nuestro Derecho el sistema cerrado. Y que se diga que nuestro legislador deja la cuestión irresuelta, nos parece una afirmación difícilmente conciliable, aparte de con la Exposición de Motivos de 1944 (92),

(90) Ya había sido observado en nuestra doctrina por J. GONZÁLEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios ... I. cit. p. 389: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desemvolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados»; y por SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 17), p. 70: «D) Documentos justificativos (Belege). Son, dentro de la ordenación del Registro, de una grandísima importancia. Sirven a tres finalidades diferentes: como justificación a la petición de inscripción, pues ésta no se hace efectiva si no va acompañada de los documentos justificativos necesarios; sirven como justificante de la inscripción en el libro Mayor, en el caso de que ésta sea atacada por una acción de rectificación, y sirven, en fin, como complemento de los datos contenidos en la inscripción, dentro de los límites marcados por ésta y en cuanto no la contradigan. Esta última finalidad se hace necesaria para despojar al libro Mayor de una serie de detalles que perjudicarían su claridad».

(91) Es la felicísima expresión utilizada hoy en el art. 7 RH, y anteriormente en el art. 1 del originario Reglamento («... cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales»). Su significado es claro y está perfectamente expresado: pacto que, recayendo sobre el contenido de poder inmediato atribuido en la cosa, modifique la configuración típica del dominio o de cualquier otro derecho real.

(92) Dice al respecto: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus*, y en el que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil».

con el sentido diáfano de la ley y con la inequívoca letra de la misma: ahí están las normas que consagran una autonomía de la voluntad con proyección en la libertad de configuración de los derechos reales (arts. 1.255; 392; 467; 523; 594 CC. 2, 2.º y 3.º; 8, 4.º III; 9, 2.º LH. y 7; 8; 51, 6.º; 252, 8.º RH) —lo que, por permitir la alteración del tipo, daría ya plena razón de la adscripción de nuestro sistema al de *numerus apertus* (93)— y los que admiten expresamente la posibilidad de creación de derechos reales innominados (arts. 2, 2.º LH, y 7; 74; 621 RH). A la vista de ellos hay que entender, con la Resolución de 4 de marzo de 1993, que la vigencia en nuestro sistema del criterio número-aperturista queda fuera de duda (94). Constituye ésta, en efecto, una de las bases de nuestro Derecho de Cosas que va a imprimir personalidad propia a nuestro sistema registral.

5. *Seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe.* Base ésta, o principio, que trasciende al Derecho de Cosas (95), pero que actúa en él con peculiar incidencia en razón de la connatural oponibilidad *erga omnes* del derecho real, cuya necesidad se hace sentir más intensamente desde comienzos del s. XIX con la entrada masiva de los inmuebles en el tráfico y ante la alarmante inseguridad que por entonces ofrecía el crédito territorial (96), y que va a marcar la creación de los modernos Registros inmobiliarios (97), concebidos

(93) Convenimos, al afirmarlo, con ALBALADEJO: *Derecho Civil III*, 1.º, 1976, p. 33, cuando denuncia la incoherencia de quienes defienden el *numerus clausus* sin, por ello mismo, pedir la supresión de la libertad de modificación de los tipos legales.

(94) «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (*cf.* arts. 2, 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (*cf.* art. 392-11 CC) ...».

(95) Nosotros hemos mantenido, en *La representación aparente (Una aplicación del Principio General de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla 1978, págs. 377 ss., que la protección del tercero de buena fe actúa en nuestro Ordenamiento como un Principio General del Derecho.

(96) El Preámbulo del RD de 8 de agosto de 1855 describía la situación diciendo: «... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre está garantía prestan sus capitales».

(97) *Cf.* BERCOVITZ, R: en el Prólogo a la *Legislación hipotecaria*, ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. XVII: «... la Ley Hipotecaria y su desarrollo reglamentario se han revelado como un instrumento jurídico válido para impulsar el crédito territorial y para afianzar la propiedad y los derechos reales sobre los inmuebles, al introducir seguridad en el tráfico inmobiliario gracias a los efectos jurídicos que derivan de la publicidad del Registro de la Propiedad ... Esa es la función que atribuye al Registro de la Propiedad un valor institucional ...».

éstos —en su versión llamada *germánica*— como una especie de réplica de la posesión mobiliaria y de su función legitimadora como manifestación —y en todo caso, apariencia jurídica— de la propiedad (98).

El apoyo, en su proyección inmobiliaria, de esta base del Derecho de Cosas es clarísima en los textos de quienes prepararon, elaboraron y explicaron nuestra Ley Hipotecaria de 1861: la insufrible sensación de inseguridad inmobiliaria y la necesidad de acabar con ella de una vez por todas, es algo que aparece en ellos con extraordinaria frecuencia (99). Basten en este momentos dos observaciones sobre los mismos:

(98) Ha sido en Suiza donde más se ha desarrollado y razonado el paralelismo entre posesión y Registro —Cfr. sobre ello, aparte del actual testimonio de DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 5-6, el de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El Código Civil Suizo*. «Estudios ... I, pp. 152-156-. En Alemania, sin dejar de mencionar tal paralelismo, es más frecuente establecerlo con la figura germánica de la *Gewere*; sobre ello, también, D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Desarrollo histórico del principio de publicidad ...*, «Estudios ... I, pp. 38-42, y posteriormente, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a WOLFF, *cit.* p. 266: «La inscripción es apariencia de derecho como lo era la *Gewere*». La idea de la continuidad entre posesión, publicidad registral y apariencia jurídica, desenvuelta en Alemania por STINTZING: *Besitz. Gewere. Rechtschein*, ACP (109) 1912, pp. 347-435, es el argumento del estudio de DE ANGEL YAGÜEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao 1975. Hoy puede considerársela tan clara y pacífica que su enunciación no requiere especial demostración: una muestra, CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 127: «Mientras en orden a los bienes muebles legitima la posesión, en el tráfico inmobiliario legitima la inscripción en el Registro».

(99) Cfr., e.c., LUZURIAGA: *op. cit.* p. 930: «... en tal situación lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice si no lo que está sucediendo en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas»; y la Exposición de Motivos de 1861, p. 223, repitiendo las palabras del RD de 8 de agosto de 1855: «No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario ... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para liberar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la Comisión por su parte; bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las necesidades que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

La primera: que aunque en ocasiones alguno de estos textos podría parecer inclinado a favor de la seguridad de los derechos, más que a la del tráfico (100) —según describiera la tensión entre una y otra Víctor EHRENBERG (101)— la realidad es siempre la contraria: lo que se quiere asegurar es la eficacia de las adquisiciones, como diría la Exposición de Motivos: poder «adquirir sin temor de perder lo adquirido» (102). Si quisiera buscarse una fórmula integradora podría hablarse de la seguridad de los derechos a través de la seguridad de su adquisición.

Y la segunda: que la seguridad así entendida y pretendida se considera no sólo como el medio de solución a un conflicto de intereses de dimensión exclusivamente privada, sino como una auténtica exigencia de orden público (103). Por eso se la puede considerar como una de las bases o principios configuradores del Derecho de Cosas; base, además, que por actuar previamente al Registro y más allá del régimen específicamente

(100) V. gr.: Exposición de Motivos, p. 225: «La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descanse, es la firmeza, es la seguridad de la propiedad»; también el RD de 8 de agosto de 1855, y tras él, de nuevo, la Exposición de Motivos, hablaban de «dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa».

(101) EHRENBERG, V.: *Rectssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jarb. 1904, pp. 273 ss.

(102) E. M., p. 226: «... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca». Con anterioridad, LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927: «Todos han reconocido que el suelo, instrumento el más vasto y seguro de producción, debe recibir de la ley las condiciones necesarias para ser transmitido con toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable), y para poder ser obligado con igual seguridad». *Id.*, pp. 942-943 «Antes que todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia». Posteriormente, DE LA SERNA: *op. cit.* p. 575: «... el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa».

(103) Así puede verse en LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contratar con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada». También en DE LA SERNA: *op. cit.* p. 196, a propósito del fin de la publicidad: «No es su principal aspecto el del interés de particulares contra el de particulares; es el interés público en combinación con el particular ... En una palabra, lo que debía buscarse era dar la mayor protección posible a todos los intereses sociales y civiles, y poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal, porque ... disminuye el crédito territorial y agrícola, desprestigia la propiedad del suelo ...».

inmobiliario, sobrepasa la dimensión propia de los principios estrictamente hipotecarios (104).

¿Y qué se entiende aquí por seguridad del tráfico? O planteado de otra forma: ¿cuál es la exigencia que la seguridad impone al régimen del tráfico inmobiliario? Respondiendo con palabras de Ehrenberg, el primer requisito exigido por la seguridad consiste en que la existencia y el contenido de los derechos no puedan resultar dudosos (105). Siendo ello así, inmediatamente aparece la relación entre la seguridad, como exigencia del tráfico, y el Registro, como instrumento a su servicio. Justamente la existencia y el contenido de los derechos dependen de numerosos presupuestos, jurídicos y de hecho, de difícil comprobación; lo que, obviamente, dificulta tanto su alegación por quien intenta hacerlos valer, como su comprobación por quien quisiera adquirirlos. El Registro será el medio que se predispone para la pública constancia de los derechos inmobiliarios y, consiguientemente, para conseguir la seguridad en el tráfico de los mismos (106).

(104) Quizá a esta idea responda la afirmación, ya indicada, de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 227 y 229, de restringir, en un planteamiento, puro, teórico y científico, los principios hipotecarios a sólo dos: el de publicidad y el de protección o seguridad del tráfico jurídico.

(105) EHRENBURG: *op. cit.* p. 274: «Das erste Erfordernis der Rechtssicherheit besteht darin, daß Existenz und Inhalt des Rechts nicht in Zweifel gestellt werden können».

(106) Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* p. 245: «La publicidad ... es pues un conjunto de medios o sistemas que permiten conocer quiénes son los titulares y cuál es el estado jurídico de los bienes para dar seguridad y eficacia a su tráfico». En el sistema latino establecido en Italia, dice FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione Immobiliare*. Com. Scialoja-Branca, Libro Sesto, Bologna-Roma 1960, p. 9, que la publicidad inmobiliaria tendría como fin «exclusivo» una tutela del tráfico, que se identifica con la tutela de los terceros: «Da quanto abbiamo detto finora ci sembra emergere che l'istituto della trascrizione, a differenza di tutti i formalismi giuridici connessi al trasferimento della proprietà fondiaria che l'hanno preceduto, è dominato 'esclusivamente' da uno scopo: la tutela del traffico immobiliare; che questo scopo si identifica con quello della tutela dei terzi, i quali soltanto sono i protetti dalla trascrizione». En los sistemas de publicidad positiva, la seguridad lograda a través de ella favorece también al titular mismo del derecho. Es así como aparece enfocado el problema en las palabras de EHRENBURG que inmediatamente siguen a las citadas en la nota anterior: «Nun hängt aber beides; Existenz und Inhalt eines Rechts, von zahlreichen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ab, die derjenige, welcher sein Recht gegenüber einem anderen behauptet oder durchsetzen will, häufig erst nachweisen muß. Alles, was dem Berechtigten diesen Nachweis erleichtert (Schuldschein !) oder gar erspart, trägt daher zu seiner Rechtssicherheit bei. Ein dafür besonders beliebtes Hilfsmittel unseres heutigen Rechtsverkehrs bilden bekanntlich die unter staatlicher Autorität geführten Bücher oder Register». Tiene ello su manifestación más clara en el desdoblamiento de los efectos de la publicidad a través de los principios de legitimación y de fe pública registral. SANZ: *op. cit.* pp. 20-21, lo expresaba indicando como características separadas del Derecho Inmobiliario-registral, el ser un Derecho legitimador y en ser un Derecho protector del tráfico jurídico y del crédito territorial. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, p. 11, lo expresarán afirmando que la protección del tráfico es la finalidad *primaria* de la publicidad registral. Lo que sí cabría matizar es que en el mecanismo de protección del tráfico a través de un sistema de publicidad positiva, el interés que prima y, sobre todo, la finalidad que mueve prioritaria y determinadamente es la tutela de los terceros; reflejo de ellas serán las ventajas que de la publicidad se siguen al titular inscrito. Retengamos, por encima de estas diferencias, la relación entre seguridad y Registro en cualquier sistema de publicidad registral. Por lo que hace al francés, cfr: —en TROPLONG: *op. cit.* p. 60—. Las palabras

Evitando la necesidad de comprobaciones casi siempre difíciles y a veces prácticamente imposibles (107), proporciona a la generalidad un medio oficial y creíble para la constatación de las situaciones jurídico-inmobiliarias, con virtualidad, en todo caso, para asegurar su derecho a quienes de buena fe lo adquieran confiando en el mismo Registro y de quien en él aparezca como su titular (108). Es evidente que este aseguramiento —*en todo caso*, hemos dicho— de la adquisición según Registro, implica cuando la publicidad registral no se corresponde a la realidad, una clara opción por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, que nuestro D. Jerónimo González expresaba diciendo que «el Derecho Hipotecario moderno

de Belleyme en la discusión de la Ley de Transcripción: «C'est ce qui a fait sentir la nécessité d'une formalité qui vint donner à la translation de la propriété la publicité qui lui manque: c'est pour cela qu'on a voulu que la transcription, en restant facultative pour les parties, fût rendue obligatoire pour les tiers. Pour ceux-ci, la transcription constituera une garantie absolue; car, pour savoir l'état vrai de l'immeuble, ils n'auront qu'à se transporter au bureau des hypothèques et a consulter le registre du conservateur». No queremos, con todo, omitir el dato de que PUGLIATTI: *La trascrizione*, Tratt. Cicu-Messineo, XIV, I, 1957, pp. 230-237, teorizando sobre el fundamento de la publicidad en general (no sólo la inmobiliario-registral), considera insuficiente su explicación como instrumento al servicio de la seguridad del tráfico; su verdadera razón de ser estaría —dice— en la tutela del interés público o privado conectado inmediatamente a la cognoscibilidad de ciertos datos relevantes en el mundo de Derecho.

(107) Se refería a estas dificultades la Exposición de Motivos de 1861 —p. 228—, razonando la necesidad del nuevo sistema de publicidad absoluta: «Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia pueden haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no pueda sospechar ni la previsión más exquisita». En la doctrina puede verse, e.c., el testimonio de CAMPUZANO: *op. cit.* p. 425: «Esto sería incompatible con el interés social y con la seguridad de la contratación inmobiliaria, que quiere precisamente dar al tercero una base sólida y segura para la adquisición de sus derechos, redimiéndoles del intrincado y difícil estudio de los títulos anteriores».

(108) «Según el sistema de la Comisión —se decía en la E. M. de 1961, p. 237— resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo». LUZURIAGA, *op. cit.* pág. 927, hacía consistir el efecto de la instauración de la publicidad registral en que los derechos inmobiliarios pudieran transmitirse «inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable». A la función generadora de confianza que debe desempeñar el Registro se refiere también DE LA SERNA *op. cit.* p. 619: «El peligro remoto, el temor suspicaz de que pueda llegar el día en que aparezca que por un error no sustancial que nadie descubrió, pueda resultar un perjuicio que escape a la penetración del hombre más precavido, no son motivos bastantes para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que puede dar lugar a la declaración de nulidad».

reconoce que el interés del cambio y de la circulación de las riquezas, es superior al interés de mantener a cada cual en posesión de lo suyo» (109). A veces la doctrina ha querido ver en ella una victoria de la seguridad sobre la justicia (110), que, mejor vista, no será sino una victoria de la apariencia generadora de confianza protegible, sobre la realidad oculta de las cosas, decidida por la equidad —en Alemania se ha hablado de justicia relativa (*relative Gerechtigkeit*) (111)— en favor de los terceros de buena fe (112).

Y es aquí donde, dentro de los sistemas de publicidad positiva, va a destacar la peculiaridad de nuestro Derecho. Peculiaridad, evidente, frente al sistema francés, que, al establecer una publicidad registral de eficacia meramente negativa o preclusiva, no llega a asegurar al tercero su adquisición, por más que adquiera de titular registral y que inscriba su derecho (113); pero peculiaridad, también, frente al modelo alemán. Protección de la seguridad del tráfico, en efecto, la hay en España tanto como en Alemania; y también en una y otra el Registro inmobiliario se concibe como instrumento al servicio de dicha seguridad. Pero ¡de qué forma tan distinta! En Alemania la publicidad es sólo parte del complejo y total mecanismo instrumental. Anterior a ella es la

(109) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario* ..., «Estudios... I, pp. 26-27.

(110) SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 21, y CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 128, hablan de prevalencia de la seguridad sobre la regularidad del tráfico. ALVAREZ CAPEPOCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1986, págs. 44-45, niega el conflicto entre justicia y seguridad, poniendo a esta última al servicio de la primera. DE ANGEL YAGÜEZ: *op. cit.* p. 25, sitúa el conflicto, no entre la seguridad y la justicia, sino entre la justicia (una justicia —dice— que no desconoce el valor social de los hechos, de las apariencias en este caso) y las reglas técnico-jurídicas (el *nemo plus iuris...*).

(111) Así, MEYER, H.: *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, München 1909, p. 93.

(112) Nos hemos referido más ampliamente al fundamento, en general, del principio de protección del tercero de buena fe, en *La representación aparente...*, *cit.* pp. 465-475.

(113) Basten, como muestra, los siguientes textos de TROPLONG: *op. cit.*: «En France ... il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer a la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges» (p. 205). «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a des résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnées sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera de se livrer à d'autres recherches» (pág. 386); «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi» (p. 391). A la vista de ellos se entiende que THERY, Ph.: *Suretés et publicité foncière*, Paris 1988, pág. 386, pueda decir, comparando los efectos de la publicidad francesa con los de la alemana: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière —telle qu'on la connaît en France— ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

extraña pieza de la transmisión por negocio real y abstracto (*Einigung*) y la vinculación de la adquisición a la inscripción registral (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*). El sistema, en su complejidad, resulta artificioso e innecesariamente sobrecargado, y —lo que es peor— lleva, de suyo, a una protección del tráfico en la que caben indiferenciadamente los terceros, tanto de buena como de mala fe. No es eso lo que ocurre en nuestro Derecho, donde, mantenido el causalismo del sistema transmisivo, se corta la propagación de la ineficacia de las adquisiciones tan pronto aparezca un tercero de buena fe. Nos parece fuera de toda duda que ello implica varias consecuencias, claramente ventajosas para nosotros todas ellas. Supone, en efecto, aparte la evitación del inútil amontonamiento de expedientes complicados, artificiosos e innecesarios (114), fijar la atención allí donde se la debe poner: en la buena fe del tercero adquirente, lo que, permitiendo aquilatar más en la dimensión ética de la medida legal protectora, hace que esa misma buena fe adquiera en nuestro sistema un significado distinto y más intenso al que se le puede atribuir en Alemania (e incluso en Francia, donde los efectos de la publicidad, negativa o preclusiva, son menores): Mientras en Alemania sólo la mala fe queda reducida —como no podía ser menos— a constituir un obstáculo a las ventajas que la publicidad brinda a los terceros, en el sistema español la buena fe es, positivamente, la razón justificadora y desencadenante del expediente protector (115). Introduce ello un importante matiz que, a partir de la raíz misma de su concepción, determina la diferente orientación que se adopta en la aspiración hacia la meta común

(114) Desde este punto de vista algo de cierto hay las siguientes palabras de DE CASSO: *op. cit.* p. 67: «Aun cuando los redactores de esta ley [se está refiriendo a la Ley Hipotecaria de 1861] conocían perfectamente el sistema germánico acerca del Registro inmobiliario, no se atrevieron a seguirlo en su complejidad, tal vez con acierto, tanto por responder a una concepción del "derecho de cosas" tan divergente del nuestro tradicional, como por no estar aún, entonces, el ambiente jurídico español preparado suficientemente para que la nueva ley hubiera sido tan eficaz. De ahí que sólo aceptaran del Registro germánico algunos principios básicos *imprescindibles para abrir cauce* a una nueva organización favorable a un desarrollo *mínimo* del crédito territorial, cimentándolo sobre la confianza y la seguridad jurídica».

(115) En la exposición de los precedentes históricos de nuestra publicidad registral, indica DE LA SERNA: *op. cit.* p. 88, cómo en la Pragmática de 1539 se instauraba ya un mecanismo de publicidad distinto a los registros medievales establecidos por los señores alemanes en los ss. IX y X y dirigido exclusivamente a «proteger la contratación de buena fe, dando seguridad a los adquirentes ...». En la Exposición de Motivos de 1861 la consideración de la buena fe como causa fundamentadora de la protección registral aparece frecuentemente. *Vid.*, p. 230: «La Comisión, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no menos respetables de los que con buena fe han adquirido el dominio u otros derechos reales, los armoniza procura evitar la ruina de los acreedores de buena fe...»; p. 253: «Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada»; p. 255: «La Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»; p. 256: «En el proyecto de Código civil no podían menos de tomarse

de la seguridad del tráfico en uno y otro sistema: mientras en el alemán, el tráfico, considerado en abstracto, se erige en beneficiario directo de los expedientes concebidos al servicio de la seguridad, en nuestro Derecho no hay protección directa del tráfico, sino tan sólo la que éste obtiene a través de la que se depara a los terceros de buena fe (116).

Dicho lo anterior, que en lo relativo a la buena fe encontrará más adelante su necesario complemento en esta páginas, no queremos cerrar estas indicaciones acerca de la seguridad del tráfico sin aludir a la conexión a veces hoy propuesta entre la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica que propugna el art. 9, 3.º de la Constitución (117). A nuestro

en cuenta los inconvenientes del Derecho antiguo respecto a la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe...»; pp. 278-279: «Puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar constituya una hipoteca y que después adquiera el derecho de que antes carecía ¿Convalescerá en este caso la hipoteca? La Comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia».

(116) Para ello, y para la fuerza de la buena fe como desencadenante de las medidas legales de protección de la apariencia, nos remitimos de nuevo a nuestro estudio sobre *La representación aparente* cit, pp. esp. 465-475.

(117) Cfr. CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario* I, 2.^a ed. Madrid 1989, p. 223: «El principio de libertad de contratación deja a salvo precisamente el “orden público” dentro del cual es preciso comprender la inscripción como manifestación de la publicidad y de su posterior justificación, la seguridad del tráfico jurídico que va incrustada en el art. 9, 3 de la Constitución española en su amplia dicción del derecho a la “seguridad jurídica”»; *Id*, pp. 266-267: «De las teorías anteriormente apuntadas aceptamos la que a nuestro juicio parece estar en la línea justificativa del funcionamiento genérico del fenómeno publicitario y es la que parte de la base de la distinción entre seguridad del derecho y seguridad del tráfico. El principio de la “seguridad jurídica” está hoy día reconocido en el artículo 9 de la Constitución, con un carácter amplio, al decir que la misma garantiza el principio de seguridad jurídica, lo cual supone comprender en dicha expresión no sólo la idea de la “seguridad del derecho” a cargo del poder judicial, sino la “seguridad del tráfico” que se ejercita a través de la publicidad que el Registro de la Propiedad ofrece a los actos jurídicos inscribibles». Ya había adelantado el autor esta idea en *Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario*, en «La Constitución española y las Fuentes del Derecho» I. IEF, Madrid 1979, págs. 615-616. Se hace eco de ella la STS de 20-5-1993: «... Ante esta perspectiva, la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece inóclume, protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)». También, GARCÍA GARCÍA *op. cit.*, I p. 676, al fundamentar el principio de legitimación: «¿Pero por qué se protege la apariencia derivada del asiento registral? Se trata de dar un segundo paso en la búsqueda de tal fundamentación. La contestación la da el principio de seguridad jurídica sancionado en el art. 9.º 3 de la Constitución» (sub. del a.).

juicio, la opción legal por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, nada tiene que ver con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. Un sistema legal formalmente claro y seguro, puede ponerse, sin merma de la seguridad jurídica, al servicio de la seguridad de los derechos, frente a la del tráfico. El valor o principio constitucional de la seguridad jurídica se refiere al Derecho objetivo como conjunto normativo formulador de la sanción del Derecho a los comportamientos personales. En cambio, la seguridad del tráfico se mueve en el mundo de los derechos subjetivos, significando, en la pugna desencadenada entre los del *verus dominus* y los del tercero adquirente, una opción de política jurídica a favor de este último, a resolver por el legislador ordinario sin condicionante constitucional directo alguno.

6. *Rigurosa especialidad de todos los derechos reales y absoluta publicidad registral no constitutiva de los inmobiliarios.* Las bases de la «publicidad absoluta» y la «especialidad rigurosa» (118) aparecen constantemente como un par inseparable —la especialidad se considera complemento imprescindible de la publicidad (119)— en nuestros textos hipotecarios fundacionales, como expresión de una opción del Ordenamiento por el sistema registral alemán o germánico, del cual estas notas constituyen inequívocas señas de identidad (120), y que, al

(118) Así se califican la publicidad y especialidad en la Exposición de Motivos de 1861, p. 225: «Nuestra actual legislación hipotecaria adopta un sistema mixto: lejos de seguir el que puede llamarse *germánico*, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas ...». Se trata, sin duda, de una expresión consagrada: la utiliza literalmente OLIVER: *op. cit.* p. 75, refiriéndose al Proyecto de Código Civil de 1851: «El Proyecto se fundaba sobre las bases de la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de todos los derechos reales, mediante su inscripción detallada en el Registro de la Propiedad ...».

(119) Ya LUZURIAGA: *op. cit.* p. 931, había dicho: «... la *publicidad* no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la *especialidad* es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación ...». Posteriormente se dirá en la Exposición de Motivos de 1861, p. 231: «... en tanto puede decirse que ésta [la hipoteca] es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad». En la doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*, «Estudios I, *cit.* p. 292, considerará a la especialidad como corolario de la publicidad, y SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I, cit.* p. 207, dirá que «El llamado principio de especialidad aparece en la doctrina y legislación del siglo XIX como un complemento del principio de publicidad ...».

(120) *Cf.* LUZURIAGA: *op. cit.* p. 927: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y de *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*: sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro». Comentado el Anteproyecto de LUZURIAGA, diría más tarde OLIVER: *op. cit.* p. 52: que en él se «desenvuelven y desarrollan los principios de la *publicidad* y de la *legalidad*, que constituyen con la *especialidad* las bases del nuevo sistema inmobiliario que se propuso introducir en España». La Exposición de Motivos de 1861, p. 225, dice literalmente: «... el que puede llamarse [sistema] *germánico*, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas».

suponer la reforma en profundidad de nuestro anterior Derecho, y tras haber sido objeto de muy ponderada reflexión, van a afirmarse con inusitada convicción y decisión como el fundamento de un nuevo sistema abierto definitivamente a los nuevos tiempos (121), y como la caracterización más neta y radical del mismo (122). Aunque inicialmente el énfasis en la afirmación de la publicidad y la especialidad se va a referir a las hipotecas y gravámenes, con el evidente significado de subrayar la reacción del Derecho moderno contra las hipotecas ocultas y generales y el sometimiento de éstas a los nuevos principios exigidos por la seguridad del tráfico, pronto se advertirá la necesidad de que sea el íntegro Ordenamiento inmobiliario el que quede sujeto al influjo informador de los nuevos principios (123): es la situación

(121) *Cfr.* Exposición de Motivos de 1861, p. 232: «... aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto de ley como únicos para lo sucesivo».

(122) Ya para LUZURIAGA *op. cit.* p. 928, la caracterización de la hipoteca por su objeto, y el asentamiento de los principios de publicidad y especialidad, venían a constituir «todo el sistema hipotecario». En la Exposición de Motivos de 1861, *vid.* p. 282: «Toma la Comisión el Derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban inscritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el proyecto». En cuanto a la ponderación en la elección del sistema, *vid.* el mismo LUZURIAGA, p. 929: «En esto, como en todo, se ha procurado la publicidad más completa, cuyo sistema se ha preferido después de haberlo comparado con los demás que se conocen», y sobre todo, la Exposición de Motivos de 1861, p. 225: «Mas la comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del Derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época, se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado». Posteriormente, en la Exposición de Motivos de 1869, sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, se dirá: «La ley de 8 de febrero de 1861 reformando nuestra antigua y defectuosa legislación hipotecaria y aceptando el sistema, con tan buen éxito admitido en otros países, de la publicidad y especialidad de todos los derechos sobre la propiedad inmueble, echó los cimientos del crédito territorial ...».

(123) LUZURIAGA: *op. cit.* pp. 942-943: «En el título anterior se han consagrado los principios de *publicidad* y de *especialidad* para las hipotecas; en este se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no sólo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan a la propiedad territorial. El fin, a que la ley aspira con ellos, es a poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble, y no sería consiguiente si limitara su solicitud a sólo las hipotecas ... Por esta razón se ha extendido ya generalmente el principio de publicidad a todos los actos traslativos de la propiedad territorial. También se ha extendido a todas las cargas y restricciones que limitan el valor o la circulación de la misma propiedad, por hallarse en un caso idéntico a la hipoteca...». Sobre las palabras mismas de Luzuriaga, subraya esta extensión de la especialidad y publicidad a todo el estatuto inmobiliario, OLIVER: *op. cit.* pp. 65-67, al comentar el Proyecto de Código Civil de 1851. Al mismo propósito, en relación ahora con el Derecho alemán: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios... I, *cit.* p. 110: «Para hacer efectiva la publicidad hipotecaria y facilitar el exacto conocimiento de la situación jurídica que interesa en un momento cualquiera, el Código Civil alemán ha extendido el principio de especialidad que en los antiguos sistemas se relacionaba directamente con las hipotecas para evitar las clandestinas y generales, a todos los datos jurídicos de importancia».

completa y concreta de la propiedad de los bienes raíces la que, como condición de seguridad en su transmisión y como base fiable del crédito territorial, debe resultar cognoscible en el tráfico.

De la publicidad y de la especialidad puede decirse con igual razón que admiten en la generalidad de su enunciado proyecciones y dimensiones muy diferentes: desde constituir, en rigor, una auténtica base del Derecho de Cosas, hasta reducirse a un principio hipotecario, y a veces, incluso, a una concreta manifestación del mismo. En la publicidad resulta ello particularmente claro. Concebida ésta en su nivel más alto, adquiere dimensión transhipotecaria, como exigencia de exteriorización o visibilidad del derecho real, que, cumplida naturalmente y en forma satisfactoria, por regla general, a través de la posesión en los bienes muebles, necesitaría de un específico soporte artificial que la materialice cuando se trata de bienes inmuebles (124). Es así cómo la exigencia de publicidad resulta previa al Registro y determinante de la creación del mismo. Pero es así, también, cómo, proyectada ya en su dimensión registral, va a descomponerse en el doble sentido, material y formal, en que la publicidad registral se bifurca (125), y, dentro del

(124) Cfr., en este sentido, STAUDINGER-SEILER: Einl. I zu § 854 Rz 56, donde la publicidad (*Publizität, Offenkundigkeit*) aparece como Base o principio del Derecho de Cosas: «Mit diesem Prinzip wird gefordert, daß dingliche Rechtsstellungen und —veränderungen aus Gründen der Rechtsklarheit und —sicherheit möglichst nach außen hin offengelegt werden sollen. ... *Publizitätsmittel* sind bei beweglichen Sachen der *Besitz* und bei Liegenschaften die *Eintragung im Grundbuch*». En su dimensión registral aparece tan pronto se concrete al Derecho inmobiliario; así STAUDINGER-ERTL. Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 23: e) Nach dem *Publizitätsgrundsatz* nimmt die Eintragung eines dinglichen Rechts dem Rechtsinhaber die Beweislast ab (§ 891), schützt den redlichen Rechtsverkehr mit Grundstücken und dinglichen Rechten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und veranlaßt die Beteiligten, ein unrichtiges Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage wieder in Einklang bringen zu lassen (§ 894)». En nuestra doctrina, se refiere a la dimensión transhipotecaria de la publicidad AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, VII, 2.º, Madrid 1978, pp. 306-307: «También se ha hablado por los autores de un principio de publicidad, considerado como un auténtico principio hipotecario, cuyo contenido abarcaría tanto la publicidad material como la formal. Personalmente disiento de esa formulación porque entiendo que la idea de publicidad no puede ser reducida a un principio hipotecario, por muy importante que éste sea, sino que traduce la esencia misma del Registro de la Propiedad, sirve para describir su naturaleza jurídica, y está por encima de cualquier principio».

(125) A la derivación formal de la publicidad registral se refería la Exposición de Motivos de 1861, p. 314: «La publicidad de los Registros, cuya inteligencia y extensión quedan manifestadas al principio de esta exposición, es una de las bases más fundamentales de la ley. A su desenvolvimiento ha destinado la Comisión un título del Proyecto.

La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los Registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros solo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes». ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297-298, habla en esta materia de «publicidad formal», a la que considera como una de las direcciones en que despliega su función o energía el principio de publicidad.

primero, en sus dos más significativos efectos: la legitimación y la fe pública registral (126). Algo similar ocurre con la especialidad, que, mientras mirada hacia arriba adquiere dimensión transhipotecaria, como base del Derecho de Cosas expresiva de la necesidad de que los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos (127); cuando se la refiere a la constatación registral de los derechos inmobiliarios y a la organización misma del Registro de la Propiedad, queda reducida a puro principio hipotecario, y de carácter prevalentemente formal (128).

(126) Es observación repetida en nuestra doctrina, y perfectamente constatable en sí misma, cómo el principio de publicidad, de tan marcado protagonismo en la Exposición de Motivos de 1861 y en la primitiva doctrina de nuestros hipotecaristas, cae posteriormente en su más llamativo eclipsamiento. No es ajeno a ello su vaciamiento en los principios de legitimación y de fe pública registral, tal como se produce en la explicación de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. Comienza éste su estudio sobre el principio de publicidad —«Estudios... I, cit. p. 377—, con las siguientes palabras: «Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides publica*». En general, para las diferentes manifestaciones hipotecarias de la publicidad, *cfr.*, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 59-62; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp., esp., 297-298; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 51-52.

(127) Para la especialidad como base del Derecho de Cosas, *vid.* STAUDINGER-SEILER: *op. cit.* Rz 54: «4. Spezialität, Bestimmtheit. Unter diesem Grundsatz wird verstanden, daß zur Wahrung der Rechtsklarheit dingliche Rechte (BAUR § 4 III) oder Zuordnungs-, Verfügungsgeschäfte (H WESTERMANN § 3 II) nur an *bestimmten einzelnen* Sachen möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen»; *vid.*, también, BAUR: *op. cit.* p. 31: «Dieser Grundsatz bedeutet, daß dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen». A esta dimensión de la especialidad creemos que se refieren en nuestra doctrina, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* p. 62, cuando distingue en ella una manifestación *en forma sustantiva*, que exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos, o SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 231, cuando afirma que el principio de especialidad gobierna «la fijación de los derechos reales».

(128) Como principio inmobiliario se la describe en STAUDINGER-ERTL, *cit.*, Rz 23: «g) Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz (Spezialitätsprinzip) müssen Inhaber, Gegenstand und Inhalt dinglicher Rechte und bei mehrere Rechten am gleichen Objekt ihr Rang untereinander bestimmt und für Dritte genau feststellbar sein». En nuestra doctrina, según ya hemos visto, CAMPUZANO: *op. et loc. ant. cit.*, distingue en el principio de especialidad una manifestación sustantiva y otra adjetiva: «La primera —dice— exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos, o sea: *en cuanto al sujeto ... en cuanto al objeto ... y en cuanto al derecho mismo ...* En su *forma adjetiva* la especialidad ha de regular la forma y requisitos de los asientos hipotecarios, el modo de llevar los Registros, la descripción de las fincas, etc.». En línea similar, Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de especialidad*, «Estudios ...», *cit.* I, p. 428: «El ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso, mejor dicho, las sencillas reglas han evolucionado y ya no se concretan en la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trascienden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos. Sus desenvolvimientos modernos, de carácter sustantivo o material y adjetivo o formal, penetran en la entraña de los derechos inscritos, regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros, imponen una exacta descripción de las fincas, y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales». En la doctrina más reciente, e.c., LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 56-59, incluyen el principio de especialidad entre los principios registrales de carácter formal.

Naturalmente, cuanto aquí debamos decir de la especialidad y de la publicidad, se limitará sólo a la dimensión transhipotecaria de una y otra como bases del Derecho de Cosas.

Bastan en tal sentido, y acerca de la especialidad, unas brevísimas observaciones. Sirve ésta, obviamente, en nuestro Derecho como en cualquier otro, a la claridad de los derechos reales (129), y su acentuación en el Derecho moderno responde al decidido propósito de desterrar para siempre la plaga histórica de las hipotecas generales. Es curioso observar a este respecto, utilizando palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIROS (130), que la revolución que en España supuso el imperio absoluto de la especialidad, establecido por obra de la Ley Hipotecaria en 1861, no se ha logrado en Francia sino tras la reforma del sistema registral en 1955. Por otra parte, y dirigiendo ahora la atención al ámbito del sistema germánico, debe dejarse advertido que mientras en Alemania y Suiza el principio de especialidad se lleva al extremo de sacrificar en su honor la iniciativa configuradora de los particulares, a quienes se impone el rigor del contenido legal (*typenfixierung*) de los derechos reales típicos —los únicos admitidos en el sistema (*typenzwang*)— (131); en nuestro Derecho se la conjuga perfectamente con el sistema del *numerus apertus*. Ciertamente la claridad no impone la rigidez; basta con que el contenido concreto de cada posible derecho quede claramente determinado y pueda ser conocido en la especialidad de su configuración singular y concreta por cualquier posible interesado.

Bastante más enjundia puede haber en el comentario a la base de la publicidad y de su significación en nuestro sistema jurídico. A la publicidad se la califica en la Exposición de Motivos de 1861 y en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA como «base capital» (132), «base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto» (133), «una de las

(129) Cfr. BAUR: *op. cit.* p. 31: «Mit ihm [Spezialität, Bestimmtheitsgrundsatz] soll vor allem der Rechtsklarheit gedient werden». DE LA SERNA: *op. cit.* p. 508, describe perfectamente para nuestro Derecho su derivación hipotecaria al hablar del contenido de la inscripción registral: «... que las inscripciones sean claras, precisas y den noticia exacta de todo lo que pueda conducir para que los que acudan a consultar los registros, formen una idea verdadera de la propiedad inmueble, de su extensión, de los títulos en que se funda, de las cargas, gravámenes y obligaciones a que ésta esté afecta, de la seguridad que ofrece a los que la adquieren y de las garantías con que pueden contar los que presten sobre ella capitales».

(130) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *El sistema registral francés*, RCDI 1963, p. 781.

(131) Sobre ello, aparte de lo dicho *supra* al tratar del *numerus apertus*, cfr., para la doctrina alemana: STAUDINGER-SELER, *cit.* Rz 55.

(132) E.M., p. 223.

(133) E. M., p. 233.

bases más fundamentales de la ley» (134), «base fundamental de la ley hipotecaria» (135), o «principio ... cardinal que la domina» (136). Como el edificio es distinto a la roca en que se asienta, la base de la publicidad es anterior y distinta al Registro que se erige en mecanismo a su servicio. Aunque en los primeros momentos se la destaca como reacción contra las hipotecas clandestinas (137), hemos visto ya cómo, incluso entonces, se la entiende como una exigencia del completo estatuto de los derechos reales. La publicidad sirve a la «visibilidad» de tales derechos (138), prolongando artificialmente para los inmobiliarios la función manifestadora que respecto de los muebles desempeña de modo natural la posesión (139). Merced a la publicidad registral va a ser posible a todo dueño de inmueble, o titular de derecho inmobiliario distinto al dominio, disponer de un instrumento de cognoscibilidad general de su propio derecho, que le permita oponerlo a cualquiera, sin que nadie pueda oponerle resistencia alegando su desconocimiento

(134) E. M., p. 314.

(135) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 579.

(136) DE LA SERNA, p. 599.

(137) *Vid E. M.*, p. 226: «Resuelto este primer punto, la Comisión tenía que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debía adoptarse. Esto, naturalmente, la empeñó en el examen del mérito relativo de los sistemas que hoy dividen a los pueblos y a los hombres de ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la Comisión. Con él es incompatible el crédito territorial ... Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado: por eso puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia. ...»; *ib.* p. 291: «No podía subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes: su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacen incompatible con las bases que, como fundamentales del sistema hipotecario, ha adoptado la Comisión, la *especialidad* y la *publicidad*, al paso que de hecho dan frecuentemente a la garantía una ineficacia ajena a la voluntad del legislador, como todos los días se demuestra en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan, que si subsistieran, aunque fuera sólo como excepción para proteger a las personas a que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepción anularía la regla general y quedaría completamente destruida la obra proyectada».

(138) Como indica BAUR: *op. cit.* p. 29: «Schon nach der tatsächlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse sind Sachenrechte vielfach nach außen sichtbar». Con todo, hemos de advertir que en la exposición de STAUDINGER-ERTL, Rz 23, es el principio de inscripción el que se pone al servicio de la visibilidad de los derechos reales: «Der Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip) dient der "Sichtbarmachung" dinglicher Rechte».

(139) De nuevo, BAUR: *op. et loc. ant. cit.*: «Der Besitz ist Publizitätsmittel nur bei beweglichen Sachen, bei Grundstücken tritt an seine Stelle eine amtliche Aufzeichnung der Grundstücke. das Grundbuch»; STAUDINGER-SEILER: *cit.*, Rz 5: «Publizitätsmittel sind bei beweglichen Sachen der Besitz und bei Liegenschaften die Eintragung im Grundbuch».

inculpable (140); y, en sentido inverso, cualquier tercero podrá disponer, gracias a la publicidad, de cuanta información sea de su interés acerca del derecho ajeno. El Registro será, para todos, el instrumento de cognoscibilidad legal de la situación jurídica de las fincas; de los derechos reales inmobiliarios (141).

Siendo el indicado el significado más radical y genérico de la publicidad registral, procede ahora, como paso ulterior, la pregunta sobre su concreto alcance en nuestro Derecho: ¿con qué extensión se la pre-dispone, y, sobre todo, con qué consecuencias? La respuesta a la primera pregunta discurre en este momento con absoluta fluidez y facilidad. La opción de nuestro legislador decimonónico por el sistema

(140) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*. AAMN XIV, 1965, p. 56: «El problema de la publicidad es el de la ignorancia excusable. Esto es: ¿cuándo se puede alegar, con eficacia jurídica, ignorancia de lo publicado? No podemos alegar ignorancia de una ley publicada el la *Gaceta*. Esto es lo que se ha llamado en la Alemania del siglo XIX, principio de publicidad, aplicándolo a los pronunciamientos del libro Registro: eliminación de la excusabilidad de la ignorancia. El principio de publicidad excluye, pues, toda alegación de ignorancia. Los Registros de la Propiedad son públicos: es la llamada publicidad formal del Registro. Por consecuencia de esa accesibilidad al Registro, lo que dicen los libros del Registro es fácilmente cognoscible. De esta cognoscibilidad legal se induce, *iuris et de iure*, conocimiento efectivo. No se puede alegar ignorancia de los pronunciamientos del Registro». AMORÓS GUARDIOLA: *op. cit.* pp. 304-305: «Lo que se pretende a través del Registro es cabalmente dotar de publicidad a las situaciones jurídicas para que éstas puedan ser oponibles frente a los terceros ... Se trata de conseguir el conocimiento que se obtiene mediante la consulta del Registro o, cuando menos, la posibilidad de ese conocimiento o cognoscibilidad legal ... Centrada la cuestión en estos términos, la eficacia del Registro no se traduce en una mera presunción de conocimiento, sino en una auténtica cognoscibilidad legal como causa de oponibilidad. La cognoscibilidad legal así entendida es el efecto primario y el fin directo de la publicidad registral».

(141) La idea aparece formulada en la Exposición de Motivos de 1861, p. 228, con las siguientes palabras: «Consiste ésta [la publicidad] ... en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable, al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes». En la exposición doctrinal *cf.* PUGLIATTI: *op. cit.* pp. 236-237: «... la radice della pubblicità va ricercata nella peculiare ragione di tutela dell'interesse pubblico o privato (o pubblico e privato insieme) immediatamente collegato alla conoscibilità di certi dati, che hanno una rilevanza nel mondo del diritto ... In conclusione, l'antecedente giuridico della pubblicità, è dato dall'*esigenza di tutela dell'interesse alla notorietà dei dati (ritenuti) rilevanti della realtà giuridica*». En nuestra doctrina, a este aspecto de la publicidad registral se refiere ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 311-314, considerándolo como una manifestación del principio de publicidad: «la publicidad del Registro como instrumento de cognoscibilidad legal de su contenido»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. cit.* pág. 614, lo trata en sección dedicada a «otros efectos del Registro»: ... «Eficacia del Registro en cuanto instrumento de información pública», incluyendo en él la publicidad formal.

«germánico» significaba elegir la *publicidad absoluta*; esto es: corregir nuestro anterior sistema *mixto*, en el cual convivían los gravámenes registrables con los no sometidos a registración, para instaurar uno nuevo en el que todo posible derecho y gravamen real, con independencia de su origen, voluntario, judicial o legal, tuviera acceso al Registro y, en consecuencia, quedara interferido en su funcionamiento y operatividad por la virtualidad atribuida a la publicidad registral (142). En este punto, pues, y en paralelo a lo antes indicado a propósito de la especialidad, nuestro legislador no dudó en dar oportunamente el paso que en Francia se resistió hasta 1955 (143), y es que, como advertía GÓMEZ DE LA SERNA (144), «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa; de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos».

Publicidad, pues, completa o absoluta, pero —era la segunda pregunta— ¿con qué consecuencias? Aquí la respuesta exige algo más de atención y detalle.

También a este respecto cada uno de los dos sistemas contrapuestos, el germánico y el latino, constituía un posible modelo, ninguno de los cuales fue el elegido por nuestro legislador. Importa ahora mucho describir en su esencia ambos modelos y destacar, igualmente en esencia, la peculiaridad española, su justificación y sus propias ventajas.

(142) Baste como testimonio el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de 1861, pp. 227-228: «Pero este sistema [el mixto] que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, después de asegurarse por el Registro de la propiedad de que sus garantías son buenas, después de adquirir por el Registro de hipotecas la convicción de que ningún otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal, desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene a frustrar sus cuidadosas investigaciones, a convertir un contrato calculado con toda previsión y prudencia en un juego de azar, y a privarle de su derecho. El sistema mixto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no da la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo: sistema de transacción, no satisface a las necesidades para que se ha creado... .. Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia puedan haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no puede sospechar ni la previsión más exquisita. Por esto la mayor parte de las naciones que, a imitación de Francia, adoptaron este sistema mixto, lo han abandonado, y quizá no esté lejana la época en que quede tan desautorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos. No hay pues más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

(143) Cfr., de nuevo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, cit. pp. 780-781.

(144) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 195, nota b).

El sistema germánico va a caracterizarse por acercar el dato de la publicidad, concretado en la inscripción registral del acto constitutivo, al proceso creador de la mutación jurídico-real. La inscripción, antes de la aparición del BGB, se impone como necesaria, quizá más en el sentido de formalidad a la que la ley supedita la producción del efecto jurídico, que como estrictamente constitutiva del efecto jurídico-real; es tras el BGB cuando adquiere dimensión estrictamente constitutiva, pasando a desempeñar en la transmisión inmobiliaria el papel asignado a la *traditio* en la mobiliaria (145). Ahora bien, esta indicación, orientada a destacar el valor necesario y constitutivo de la inscripción registral germánica, es absolutamente insuficiente si no se la completa añadiendo que en el mismo sistema germánico la inscripción constitutiva convive con la simplemente declarativa o informadora. En efecto, y sin que ahora debamos entrar en detalles, es sólo en las adquisiciones negociales donde la inscripción se adentra entre los elementos de un proceso constitutivo que sin ella no llegaría a completarse. En las demás, producidas directamente por obra de la ley u ordenadas por ella, la inscripción deberá conformarse con dar noticia general de ellas, esto es: con hacerlas públicas, una vez producidas sin necesidad de su intervención. En Alemania se distingue, en tal sentido, entre inscripción constitutiva e inscripción declarativa; en Suiza se habla de principio absoluto de inscripción, en el primer caso, y de principio relativo de la inscripción, en el segundo (146).

En el otro extremo, la publicidad francesa, inicialmente no absoluta y sólo muy tardíamente extendida a toda mutación jurídico-real, va a

(145) La identidad de función aparece con nitidez en los §§ 929, de una parte, y 873 y 925, de otra. Posteriormente, en el Código Civil suizo, en los arts. 714, de una parte, y 656 y 971, de otra.

(146) Una muestra de la doctrina alemana: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit. p. 290: «Im formellen Grundbuchrecht erfolgt die Eintragung nicht nur in den Fällen, in denen sie rechtsbegründende Bedeutung hat, sonder auch dann, wenn nur feststellende, berichtigende, sog deklaratorische Bedeutung in Frage kommt, also dann, wenn die formelle Rechtslage mit der materiellen Rechtslage in Einklang gebracht wird». De la doctrina suiza, DESCEHAUX: *op. cit.* p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est absolu lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il en est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est relatif lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». En nuestra doctrina lo había destacado GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ...» I. cit. p. 102: «Para aquilatar este matiz es preciso distinguir dos modalidades bien caracterizadas de la inscripción: la *constitutiva* y la *declarativa*. La inscripción *constitutiva* perfecciona la transferencia, constitución o modificación de un derecho, cuya causa jurídica inmediata es un acuerdo de transferente y adquirente, previa o no una obligación contractual (Venta, permuta, hipoteca, etc.), mientras la *declarativa* autentica *erga omnes* un cambio jurídico que ha tenido lugar fuera del Registro (herencia, régimen económico matrimonial, subasta, etcétera)».

quedar fuera del proceso constitutivo de las mismas, limitándose a ser, cuando llega a tener virtualidad sustantiva, simple elemento de oponibilidad a terceros de una transmisión ya efectuada y perfecta *solo consensu* en la relación *inter partes* (147). Cuando llega a tener virtualidad sustantiva, hemos dicho, y es que, efectivamente, y coincidiendo en este punto con lo que ocurre en el sistema germánico, también en Francia hay que distinguir entre una publicidad que es condición de oponibilidad a terceros, y otra que, privada incluso de este efecto, tiene sólo valor o significación informativa. El ámbito de esta última se amplía considerablemente cuando en 1955 se generaliza el objeto de la publicidad inmobiliaria, y, también aquí sin necesidad de entrar en detalles, puede decirse que su campo, como en Alemania, es el de las mutaciones producidas no negocialmente, sino por obra más o menos directa de la ley (148).

A la vista de esta tan sumaria, pero creemos que suficiente, descripción de las dos formas de publicidad, germánica o constitutiva y francesa o para simple oponibilidad a terceros, y antes de entrar a exponer la nuestra, conviene dejar formuladas algunas observaciones. Sea la primera la atribución en ambos sistemas de una duplicidad de funciones a un elemento o dato que, por encima de ellas, es siempre idéntico en sí mismo: la publicidad, ordenada por su propio concepto a hacer público lo que pone en conocimiento de todos, adquiere la posibilidad tanto de desencadenar un efecto más fuerte o de carácter sustantivo, como la de provocar otra más débil, reducido a la pura información sin

(147) Puede verse en el *Rapport* a la Ley de transcripción, en TROPLONG: *op. cit.* p. 22: «Elle [el punto indiscutido sobre el que se construye la ley] consiste à soumettre les actes translatifs ou constitutifs de la propriété, de ses desmembrements et de ses charges, à la nécessité de la transcription pour leur validité à l'égard des tiers»: pág. 41: «... le but de la transcription est qu'aucun acte ne puisse être opposé aux tiers s'ils n'ont pu le connaître ...». En palabras de TROPLONG, p. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoléon: il fait un de ses principaux mérites; et c'eût rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte. La loi du 23 mars 1855 n'a introduit la transcription qu'à l'égard des tiers, par une raison d'utilité publique et de crédit privé. Elle a voulu que les tiers fussent instruits des mouvements de la propriété qui les intéressent; et, dans ce but, elle ne permet de leur opposer les actes de transmission qu'autant qu'ils ont été transcrits»; o pág. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir, la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité». ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 300, califica de «parcial priorativa» esta visión de la publicidad, negativa y abocada a la prioridad registral.

(148) Para una exposición resumida de los supuestos en que la publicidad es condición de oponibilidad y de aquellos en los que cumple una simple función informativa, *vid.* THERY: *op. cit.* pp. 400-410.

mayor transcendencia. No deja de ser extraño que lo que inicialmente se encara como instrumento de publicidad en sentido jurídico, transmute su propia naturaleza, a veces para sobrepasar lo que sería su propia función, a veces para no llegar a cumplirla. Pero a esta observación puede añadirse otra: Tampoco llega a entenderse bien que en el sistema francés pueda hablarse en rigor de publicidad no constitutiva cuando la inoponibilidad a terceros de la transmisión no hecha pública se traduce en la adquisición del posterior comprador que se adelanta e inscribe primero. Si éste efectivamente adquiere, y no lo hace *a non domino*, parece forzoso entender que hasta que no se produce la transcripción no se perfecciona o completa el proceso adquisitivo (149). Siendo ello así, y sea ésta nuestra tercera observación, puede convenirse con CARRETERO, aunque no lleguemos a compartir sus conclusiones, en que «principio de inoponibilidad e inscripción constitutiva proceden de dos diferentes concepciones del mundo, si se quiere; pero confluyen en un resultado práctico nada distanciado. El salto de un principio a otro no es ningún salto mortal» (150).

Pues bien, descritos los dos modelos de posible referencia y formuladas las anteriores observaciones, es llegado el momento de precisar cuál es el alcance que nuestro Derecho atribuye a la publicidad registral. Y por hacerlo brevemente, teniendo naturalmente que desarrollar a renglón seguido nuestra inmediata afirmación, podríamos responder diciendo que en nuestro sistema se adopta una posición completamente

(149) Puede ello verse en el mismo TROPLONG: *op. cit.* pp. 311-312: «Son principe [de la Ley de Transcripción], comme nous l'avons dit, est qu'a l'égard des tiers la propriété immobilière ne se déplace qu'au moment de la transcription du contrat»; pág. 388: «Le principe essentiel en matière de transcription c'est qu'on ne considère une transmission de propriété immobilière comme parfait a l'égard des tiers que lorsque l'acquéreur a fait transcrire son titre»; pág. 355: «Il est vrai qu'elle [la transcripción] protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur, et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contre celui qui a acheté a *non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis a *non domino*». En nuestra doctrina, en el sentido que hemos indicado, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés. cit.* p. 769: «Esta eficacia substantiva viene a aproximar el sistema francés a otros sistemas en que la inscripción tiene más fuerza. Admitida la inscripción como condición de oponibilidad a terceros parece existir la siguiente alternativa en cuanto a la explicación de que el tercero resulte protegido frente a títulos anteriores no inscritos; o se entiende que, por ejemplo, la transmisión anterior no inscrita no es perfecta, puesto que todavía los terceros pueden seguir derivando derechos del transmitente, con lo que nos acercamos en algún modo al principio de la inscripción constitutiva. O de entender que es perfecta habrá que pensar que el tercero adquiere 'a non domino', puesto que el que ha transmitido ya no es dueño de lo que vuelve a transmitir al tercero, con lo que nos acercamos, hasta cierto punto, al principio de la fe pública en un sentido negativo: en cierta medida lo que no está en el Registro no existe a efectos de tercero».

(150) CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Retornos al Código Civil II*, RCDI 1965, p. 94.

peculiar y propia: Excluida la dimensión constitutiva de la publicidad germánica, sus efectos se explican mediante la fórmula francesa de la inoponibilidad a terceros, pero estableciéndose en la realidad una forma de publicidad positiva, que, protegiendo al tercero de buena fe como no logra hacerlo la ley francesa de transcripción, tampoco necesita forzar la realidad natural de las cosas en el proceso adquisitivo. Para ello basta entender que la publicidad registral, sin necesidad de alcanzar valor constitutivo, juega *siempre* una misma función: la de constituir un punto inquebrantable de apoyo a la confianza de los terceros de buena fe. Más brevemente: para lograr su más genuina e intensa eficacia, a la publicidad le basta con constituir un supuesto —artificial o legal— de apariencia jurídica. Y así formulada la respuesta, vayamos a su fundamentación o desarrollo.

a) *Nuestro sistema excluye la dimensión necesaria o constitutiva de la publicidad germánica.* Esto es algo que, con independencia de que pueda juzgarse como virtud o como defecto del sistema, resulta claramente indiscutible, y algo, al mismo tiempo, que no ocurrió por azar o caprichosamente en la historia de nuestra codificación civil y de nuestra legislación hipotecaria. Antes de que la dimensión constitutiva de la inscripción registral se articulara expresa y razonadamente haciendo jugar a ésta a modo de entrega traditoria o puesta en efectiva posesión, tal como aparecerá en el BGB, dos tipos de razones podían entre nosotros jugar la baza de la inscripción necesaria, y, como tal, condición de existencia del derecho inscrito: la de servir a los intereses estadísticos y fiscales de la Administración, y la de continuar la línea de nuestro Derecho histórico, que, en su afán por imponer la registración, había constituido su omisión en causa de nulidad del acto no inscrito, incluso en la relación *inter partes*. Ninguna de ellas llegó a prevalecer. La primera aparece refutada sin problemas en la Exposición de Motivos de 1861: imponer la inscripción por razones de índole administrativa, sería desnaturalizar la institución civil del Registro de la propiedad y terminar quebrantando principios de justicia (151). La segunda agitó más violentamente

(151) E. M. p. 236: «No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas, la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no ha de predominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos.

No es ésta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administración en las arduas tareas que, para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio.

los ánimos de los ilustres juristas que en los años decisivos del entrecruzamiento de nuestra codificación civil y de la preparación de la Ley Hipotecaria integraban la Comisión de Codificación: frente al fervor maximalista de LUZURIAGA y, posteriormente, de PERMANYER, terminó imponiéndose la moderación de BRAVO MURILLO y de CÁRDENAS (152): a la Exposición de Motivos le bastó para justificarlo invocar el carácter del Registro, que, como institución de terceros, en nada debe interferir las obligaciones y derechos *inter partes* (153). En el comentario a la Ley Hipotecaria, GÓMEZ DE LA SERNA pudo añadir que para rigorismos excesivos, llamados por su propio exceso a provocar la ineficacia del sistema legal, bastaba ya con nuestra experiencia histórica a partir de la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana

La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia: no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad ... Por eso no contiene el Proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes».

También, p. 238: «Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo ... Ni se crea que por ello podrán ser perjudicados los intereses del Erario ... en tanto podrán hacerse inscripciones en los Registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripción. Los Registros vendrán de este modo a auxiliar la acción fiscal, pero sin ser absorbidos por ella».

En la famosa carta de PÉREZ PUJOL a OLIVER —Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, «Estudios...» I, cit. pp. 364-365— se hace alusión a esta línea argumentativa: «Anular todas estas obligaciones personales o subordinarlas al hecho de la inscripción, solamente para regularizar la entrada de la propiedad en los Registros para los efectos de la estadística y de la tributación, es convertir el ejercicio de los derechos civiles en medio fiscal; y demasiada injerencia del Fisco en nuestra Ley Hipotecaria tenemos ya para aumentarla».

(152) Para los detalles sobre la muy interesante discusión en torno a la necesidad de la inscripción y el rigor en las consecuencias de su omisión, Cfr. OLIVER: *op. cit.* pp. 29 ss; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. ant. cit.* pp. 361 ss. también nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado IV, 1991, pp., esp., 335-342, o, posteriormente: «*Excerpta*» en *tema de constitución de hipoteca voluntaria*, Estudios LACRUZ I, pp., esp., 433-436.

(153) *Vid.*, e.c., E. M. p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta atendiendo al principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles en la seguridad de que estaban libres de cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro». Puede verse este razonamiento en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 210, nota a): «Puede además añadirse aquí que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés a que principalmente consulta la Ley Hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas».

de 1539 (154). Se imponía, pues, el cambio de rumbo que, en la mentalidad de los artífices de nuestra Ley Hipotecaria, sin sacar nuestro Derecho

(154) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 92-93: «La disposición de la Pragmática a que nos referimos, es la que prescribió que no hicieran fe los contratos que hubieran dejado de inscribirse entre los que directamente hubieran sido parte en su celebración, y que no se juzgase con arreglo a ellos. Nada podría objetarse contra la ley si el efecto de la inscripción se hubiera limitado a que no perjudicara a tercero lo no inscripto ... Pero la nulidad de las obligaciones entre las partes contratantes ... fue un excesivo rigor ... Tal vez a esta dureza se debió en gran parte que no fuera tan eficaz la ley como debía desearse y como hubiera convenido ...». *Id.* pp. 562-563: «La regla que en él [el originario art. 23, hoy 32] se establece no es nueva entre nosotros: está escrita en nuestras leyes desde hace más de tres siglos: en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539 tiene ya una sanción expresa cuando ordena que en los contratos a que se refiere, si no se registran dentro de seis días después que fueren otorgados, no sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor.

Mas a pesar de la perfecta armonía que hay entre las palabras que anteceden, copiadas de la Ley recopilada y las del artículo que estamos comentando, no puede desconocerse el distinto espíritu de que están dominadas la Pragmática y la novísima Ley hipotecaria. Aquella llevó su rigor mucho más adelante, porque no limitó los efectos de la falta de inscripción a que no se originaran perjuicios al que no era parte en el contrato, sino que se extendió a declarar la ineficacia de las escrituras aun entre los mismos otorgantes. Su regla general fue *que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos* (los contratos) *no hagan fe ni se juzguen conforme a ellos*, palabras que preceden a las de que no perjudiquen a tercero, que antes copiamos. Es decir, que esta última declaración es una consecuencia de la primera. De aquí se infiere que el principio dominante en la Pragmática de 1539 es que en tanto valían los contratos a que se refería, cuando se llevaban a los tribunales, en cuanto estaban inscritos en el término señalado, al paso que el principio de la Ley hipotecaria moderna se limita a negar su eficacia contra tercero a lo que no está inscrito.

Este principio de la Pragmática de 1539 prevaleció en la de D. Carlos III dada en 1768. En ella se ordenó que cuando no precediera el registro de los documentos sujetos a él ningún juez pudiera decidir por ellos, ni hicieran fe para perseguir las hipotecas o fincas gravadas, aunque la tuviesen para otros fines diferentes.

En otro lugar hemos expuesto los inconvenientes del principio adoptado en las leyes recopiladas e indicado que tal vez el empeño de extender el alcance del registro a los mismos contratantes desigualando sus condiciones, haciendo más favorable la del que merecía menor protección, y viniendo, sin duda contra su propósito, en auxilio de la mala fe, pudo contribuir a que los tribunales, invocando la equidad y dando una interpretación poco conforme con la letra de la ley, y aun con su espíritu, la hicieran servir a sus ideas, que no dejaban de fundarse en principios de justicia, de lo que provino que el derecho escrito no fuera bien aplicado por los juzgadores».

Desde las palabras transcritas se ilumina la comprensión del siguiente párrafo de la E. M. (p. 236), cuya literalidad debe interpretarse *cum mica salis*: «Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes: por esto se aparta el proyecto de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por D. Carlos y D.^a Juana, y seguido por D. Felipe II, por D. Felipe V y por D. Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han tenido parte en el contrato que dejó de inscribirse».

del sistema germánico, lo mantuviera en aquella modalidad del mismo que no exigiría la inscripción necesaria o constitutiva (155).

b) *Se explica la eficacia de la publicidad mediante la fórmula francesa de la no oponibilidad a terceros.* La forma impersonal ahora empleada intenta comprender en su enunciado tanto a la explicación auténtica de la Ley Hipotecaria, según resulta de su Exposición de Motivos, como a la privada, aunque tan decisiva y orientadora por venir de quienes intervinieron en su preparación o, tras haber llevado en gran parte el peso de su elaboración y redacción, la comentaron extensamente y en detalle; no es necesario aclarar que estamos pensando en LUZURIAGA y en GOMEZ DE LA SERNA. Y tampoco en este punto, a salvo lo que después se dirá, queda espacio alguno a la discusión. Francesa es la explicación del sentido de la publicidad que se ofrece en la Exposición de Motivos de la Ley (156), francesa la formulación del artículo que, según se dijo por el Ministro de Gracia y Justicia en su defensa parlamentaria, él sólo la condensaba: «Los títulos [...] que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero» (157);

(155) Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, cit. pp. 360-361: «Pero aun dentro de las legislaciones modernas de inspiración germánica, no son los mismos, ni mucho menos, los efectos que la inscripción produce, y conviene echar una rápida ojeada sobre todos ellos para hacerse cargo de la posición de nuestro sistema.

La influencia de la tradición romana en las primitivas ordenanzas hipotecarias fue un poderoso obstáculo que impidió se concedieran a la inscripción los efectos de un modo absoluto de adquirir.

El dominio podía ser transferido y gravado mediante título y posesión. El asiento hipotecario garantizaba por regla general al adquirente, y las discordancias entre realidad jurídica y registro inmobiliario se salvaban admitiendo una propiedad natural frente a otra civil, u otorgando a los terceros que contrataban bajo la fe hipotecaria una protección especial contra las cargas, condiciones y derechos clandestinos.

[...] Aunque nuestra Ley Hipotecaria primitiva fue denominada por Cárdenas Código de la Propiedad territorial, y aunque, según la opinión de cuantos intervinieron en su redacción, se le asignaba por fines principales asegurar el dominio y desarrollar el crédito inmobiliario, aparece incluida entre las que pudiéramos llamar leyes de protección al tercero, y ley de terceros ha sido denominada».

(156) Por citar sólo el párrafo donde la cuestión se plantea expresamente e *in recto* (p. 228): «Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que *no pueda perjudicar* al contratante de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, *no perjudique* por una falta que a él sólo es imputable *al que*, sin haberla cometido, ni podido conocer, *adquiera la finca* gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe ...» (los subs. son nuestros).

(157) Sobre ello, DE LA SERNA: *op. cit.* p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo [el 23, hoy 32] era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir *sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el art. 354*» (los subs. son del a.).

como francesa era la terminología de LUZURIAGA formulando el principio de publicidad (158), y francesa la utilizada por DE LA SERNA para descifrar la clave decisiva en la comprensión de la Ley Hipotecaria (159) y para destacar su principio cardinal (160). Con NÚÑEZ LAGOS podríamos cerrar esta presentación de testimonios diciendo que la publicidad de que hablan la Exposición de Motivos, LUZURIAGA y DE LA SERNA es «francesa por sus cuatro costados» (161).

Ahora bien, hicimos líneas más arriba una salvedad que inmediatamente debe venir en complemento de lo dicho y para situar con mayor exactitud su sentido. En efecto: ¿Qué sentido puede tener calificar como francesa la enunciación del valor de la publicidad en nuestra Ley Hipotecaria de 1861 y en sus más inmediatos aledaños? Es cierto que la fórmula de la no oponibilidad a terceros, o del no perjuicio de terceros, es la empleada en la ley francesa de transcripción, pero, prescindiendo de otros antecedentes franceses y comparados, y sin tener que salir de nuestro Derecho ¿no es también la empleada en nuestras leyes, ya a partir de la Pragmática de 1539?

Queremos sugerir con ello el anacronismo en que se incurre cuando se califica como francesa, en oposición a germánica, una formulación de la eficacia de la publicidad que arranca históricamente de momentos anteriores al nacimiento y contraposición de los dos sistemas comparados. Es cierto que a todo sistema legal de publicidad negativa le bastará la fórmula explicativa de la no oponibilidad, pero no es cierta su contraria: esto es, que a todo sistema legal donde literalmente se recurra a la fórmula de la inoponibilidad le baste ésta para explicar la totalidad de los efectos atribuidos a la publicidad. Antes es la indicación legal y concreta de tales efectos, que la expresión unificada de éstos bajo un principio jurídico con nombre propio o bajo una fórmula resumida y consagrada. En tal sentido podrá admitirse que en los primeros momentos de nuestro actual Derecho

(158) LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente ...». En realidad, en LUZURIAGA: *op. cit.* p. 951, puede encontrarse el precedente de la expresión, después tan repetida, del Ministro de Gracia y Justicia a que hemos hecho referencia en la nota anterior; dice el comentarista del Proyecto de 1851 en esta materia: «Puede decirse que todo el espíritu de la ley presente está contenido en el art. 1858». El precepto venía a disponer que *ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que se ha inscrito.*

(159) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 574: «La Comisión de Codificación, en la Exposición de Motivos que escribió para explicar los fundamentos de la Ley Hipotecaria, dice a propósito de este artículo [el 24]: «Ya queda expuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una base de la Ley. La Comisión, que lo ha admitido sin excepción, ha consignado como consecuencia indeclinable que debía tener fuerza aun contra los acreedores singularmente privilegiados».

(160) *Op. cit.*, p. 600: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro».

(161) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ...*, *cit.* p. S8: «De esa ingenua concepción acerca del principio de publicidad, francesa por sus cuatro costados, no se pasaba».

Hipotecario se emplea una terminología anterior a la formulación de los principios de legitimación y de fe pública registral; pero una cosa es el silenciamiento de estos principios, como tales principios autónomos, y otra muy distinta que en razón de tal silencio nuestra Ley Hipotecaria pudiera adscribirse al sistema que hoy denominamos *francés*, como contrapuesto a *germánico*. Para llegar a tal adscripción habría de atenderse a los efectos que la ley atribuye a la inscripción, y no a la fórmula explicativa que utiliza para indicarlos globalmente.

En conclusión podemos, pues, decir que las expresiones «francesas» utilizadas en la explicación de nuestra Ley Hipotecaria, o en el propio texto de la misma, no deben considerarse como la formulación exacta de los efectos de una publicidad incompleta, por sólo negativa o preclusiva, sino, atendiendo al alcance que a ésta se atribuye en la regulación legal, como la formulación incompleta de una publicidad que, más allá del resultado negativo de la inoponibilidad, puede llegar a desplegar efectos plenamente positivos. Adelantando lo que debe ser objeto de desarrollo en el punto inmediatamente siguiente, debemos ya avanzar que en 1861 la publicidad registral tenía reconocidos en nuestro Derecho los efectos propios del sistema germánico (162). Si para expresarlos se utilizó la terminología entonces al uso (163), fue, sin duda, porque a la sazón, no decantados ni en nuestra doctrina ni en la extranjera los principios de legitimación y de fe pública registral, no había otra, y también, seguramente, porque, tras la viva polémica entre imponer la inscripción necesaria-constitutiva o la voluntaria-declarativa (*ad publicitatem*), se entendía necesario y suficiente destacar la dimensión «de terceros» de los efectos asignados a la inscripción.

c) *Pero se establece una forma de publicidad plenamente positiva, en cuanto se hace del Registro punto inquebrantable de apoyo de la confianza de los terceros de buena fe.* Mucho más brevemente podría haberse epigrafiado este acápite diciendo que nuestro Derecho establece un sistema de publicidad con efecto de legitimación y de fe pública registral. La condensación de los principios en su fórmula enunciativa per-

(162) Por todos, *Cfr.* OLIVER: *op. cit.* pp. 342-343: «Pues bien; la Comisión prescinde en absoluto de explicar doctrinalmente el principio de *publicidad* según el sistema alemán, a pesar de que la Ley Hipotecaria está basada en él, limitándose a exponer el significado de esta palabra, según el sistema francés, en los siguientes términos [...] Este concepto del principio de *publicidad*, tal como la Comisión lo explica, es sustancialmente distinto del que se trataba de importar y en realidad importó en España, y del que resulta de los mismos preceptos de la Ley Hipotecaria».

(163) Algo de ello se observa, incluso antes, en LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944, quien recurre a la fórmula «francesa» en un párrafo donde implícitamente se está pensando en la legitimación registral y en la fe pública: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción; además que el registro serviría para engañar al que, contratando con un supuesto propietario, hallase en él facilidad para inscribir su convenio si no se le advertiera que había sido defraudado».

mite al vocabulario técnico ganar simultáneamente en economía verbal y en precisión significativa. Pero esto era algo que, en torno a la mitad del siglo pasado, quedaba totalmente fuera del alcance de quienes acuñaron la terminología de nuestra Ley Hipotecaria y del Derecho de la publicidad inmobiliaria extraído de la misma. Por ello, aunque menos ágil, hemos preferido la expresión utilizada; responde mejor al lenguaje de la época, y, evitado todo anacronismo, nos va a permitir descubrir a través de ella la valentía y, al mismo tiempo, la sencillez y la coherencia del razonamiento que llevó en nuestro Derecho al establecimiento de una forma de publicidad inmobiliaria de efectos plenamente positivos y, en tal sentido, «germánica».

Todo, en efecto, es aquí tan sumamente sencillo como lo son siempre las grandes decisiones jurídicas. No se busquen en su fundamento difíciles raciocinios ni rebuscadas construcciones dogmáticas; porque no las habrá con fuerza bastante como para desplazar lo único que de por sí importa: la ponderación de los intereses concitados en torno al problema, y la decisión acerca de su composición en justicia y equidad. Es una meditada y detenida ponderación de intereses y una opción en justicia y equidad, llevada en su simplicidad hasta sus últimas consecuencias, lo que va a explicar el alcance de la publicidad en nuestro Derecho.

Sabemos ya cuál es el problema desencadenante: la inseguridad producida por los derechos ocultos y, en torno a ella, la tensión entre los derechos de su titular y los de su pretendido adquirente. La solución histórica del *nemo plus iuris ...*, aplicada ciega y rígidamente, supondría, en lo individual, el sacrificio del adquirente, las más de las veces sin posibilidad de haber conocido el derecho que terminaría imponiéndose sobre el suyo, y, en lo colectivo, un obstáculo insoportable a la prosperidad económica. ¿Modo de ponderar y conjugar mejor los derechos en pugna? Crear un instrumento al alcance de todos que, yendo a la raíz del problema, permita la publicidad de los derechos. A partir de ahí podrá satisfacerse a la prosperidad colectiva y a la buena fe del tercero sin menoscabo en justicia del titular oculto. El razonamiento discurre por sí solo: es más digno de protección quien de buena fe actúa acomodándose a lo que el Registro publica, que quien, descuidando publicar su derecho, pretende sorprender con él al que, sin negligencia, no llegó a conocerlo (164).

(164) Esta argumentación aparece por doquier en la obra de DE LA SERNA; basten ahora dos muestras: «Se limita [la Ley Hipotecaria] a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsora hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes» (p. 548); «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su culpa inducido a error» (p. 671).

Obsérvese que lo dicho basta para asentar los efectos positivos de la publicidad, dando el paso adelante que no dio la ley francesa de la transcripción y evitando el añadido abiertamente innecesario de la inscripción constitutiva que después se convertirá en santo y seña de los sistemas germánicos.

En Francia, como es sabido, la inscripción del propio acto adquisitivo pone a salvo al adquirente de los efectos de cualquier posible transmisión anterior no inscrita, pero no garantiza de modo pleno al adquirente, que, si trae causa de no titular, tendrá que esperar a la usucapación para consolidar su adquisición. Así el Registro no puede constituir garantía de seguridad. Distintas son las cosas en nuestro Derecho. En él, y ya desde el Proyecto de 1851, el Registro se concibe como instrumento de una «completa seguridad» para el adquirente (165); lo que expresará GÓMEZ DE LA SERNA diciendo que «el principio dominante en la Ley» es «dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa» (166).

Pero, claro está, si el Registro debe ofrecer seguridad absoluta al adquirente, y si, al mismo tiempo —y por más medios que se adopten para evitarla—, no es posible excluir la posibilidad de la inexactitud registral, ya se está viendo que una tal seguridad no puede provenir intrínsecamente del propio Registro ni de la verdadera existencia de los derechos en él publicados, sino, extrínsecamente, del puro favor de la ley al tercero en atención a su buena fe. En lenguaje de hoy lo ha formulado LACRUZ al decir que la última naturaleza del Registro es ser un aparato oficial creador de apariencias formales, la constancia registral —añade— no es, sobre todo, una forma de ser sino una forma de hacer valer, porque las apariencias registrales tienen un valor formal que puede llegar a ser independiente del valor material cuando se den las condiciones precisas para invocar la protección registral (167). GÓMEZ DE LA SERNA lo expresó diciendo que la Ley Hipotecaria «sólo trata de evitar perjuicios al tercero, que con buena fe y confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente» (168).

«Confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error»: Hay que observarlo una vez más: Cuando el Registro es exacto, la realidad del derecho inscrito hace innecesaria la protección registral. Es en el

(165) Cfr. LUZURIAGA: *op. cit.* pp. 942-943: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla».

(166) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 575: «... no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad ...».

(167) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral* (ed 1968), p. 65.

(168) SERNA: *op. cit.* p. 655.

caso contrario, cuando el Registro y la realidad no coinciden, cuando se impone la necesidad de tal protección, que, en tal caso, no puede tener más fundamento que la confianza puesta de buena fe por el tercero en la apariencia registral. Y si los indicados son el supuesto y el fundamento de la protección registral ¿no se ve lo inane de la inscripción constitutiva? ¿Podrá tal inscripción garantizar en todo caso la exactitud registral o añadir siquiera un ápice al fundamento en justicia y Derecho de la protección dispensada al tercero?

Sin inscripción constitutiva y desde la pura y simple idea de asegurar al adquirente que de buena fe confía en el Registro, pudo nuestro legislador de 1861 fundamentar la protección registral. Lo que para el Proyecto de 1851 decía OLIVER, puede decirse, *a pari* si no *a fortiori*, de la Ley Hipotecaria de 1861: aunque sus redactores no formularan expresamente y en detalle los principios informadores de la Ley, no por ello dejaron de consignar en ella los preceptos de los cuales pueden estos deducirse (169). En concreto, si según el art. 31 de la Ley, la nulidad de la inscripción no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito, y si, a pesar de que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33), el contrato otorgado por quien en el Registro aparezca con derecho para ello no se anulará en cuanto a tercero, una vez inscrito, aunque después se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito (art. 34), ¿no se están presuponiendo los principios de legitimación dispositiva y de fe pública registral? En cuanto a la legitimación registral ya había dicho LUZURIAGA que «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción [...] surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción» (170). Más tarde, cumplido ya el centenario de la Ley Hipotecaria, NÚÑEZ LAGOS descubrirá la legitimación registral sustantiva en las palabras del art. 34: «por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello» (171). Imbricado con el de fe pública registral, lo presuponen las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA desandando desde la protección de la confianza el camino hacia la fundamentación de la protección registral: «los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso

(169) OLIVER: *op. cit.* p. 67.

(170) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944.

(171) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.*, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación *sustantiva* en la prístina redacción del art. 34 al hablar de «persona que en el Registro aparezca con derecho para ello», frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema sobre todos los del siglo XIX. Ni don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ni los autores anteriores ni posteriores, vieron esta legitimación sustantiva».

sobre el que bajo la garantía de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dio lugar al segundo contrato» (172).

No hay duda: Si la protección registral presupone el error ocasionado por la publicidad al tercero de buena fe; si el tercero protegido adquiere el derecho de quien realmente no es su titular, porque ya dejó de serlo, en la hipótesis más frecuentemente imaginada, o porque nunca lo fue, cuando la inscripción era nula, sin duda es que el sistema legal presupone esa publicidad de efectos positivos cuya virtualidad hoy expresan los principios de legitimación y de fe pública registral. Es todo un síntoma que GÓMEZ DE LA SERNA pudiera admitir sin problemas la adquisición registral *a non domino*, la misma que no cabía, para el Derecho francés, en la explicación de TROPLONG (173). Ningún colofón mejor a esta líneas que las certeras palabras de D. FEDERICO DE CASTRO y de NÚÑEZ LAGOS. Para este último, por la vía de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro, se llegó en nuestro Derecho, por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa, a la fe pública registral (174); para DE CASTRO, «la fórmula práctica y original de la protección del tercero», que atribuye a GÓMEZ DE LA SERNA, fue la solución que permitió superar las exageraciones que en base del principio de la publicidad defendiera LUZURIAGA, y las ideas afrancesadas sobre la transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GOYENA (175). Generali-

(172) DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 579.

(173) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, en el comentario al art. 23, p. 570: «No habrá pues necesidad de buscarse la entrega o la posesión para calificar quién es aquel que por falta del dominio que creyó adquirir y no adquirió a causa de no tenerlo el enajenante, debe ser preferido, o lo que es lo mismo quien tiene el derecho de prescribir, y por lo tanto, en su caso, entablar la acción, que para arreglarnos al uso común, especialmente de los escritores, llamaremos *publiciana*, cuando se presentan dos a quienes se ha enajenado la misma cosa por el que no era dueño: sino que habrá de estarse al Registro, y la inscripción será la que decida. No se hace en este caso más que aplicar a la posesión de buena fe que tiene el que ha adquirido la cosa del que creía que era dueño, la misma regla que se aplica al dominio cuando la cosa está traspasada por el que lo tiene en realidad» *Id.*, p. 633, en el comentario al art. 34: «Que la protección de la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por su omisión a error, haciéndole creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima» (los subs. son nuestros). Para la resistencia de TROPLONG a admitir la adquisición registral *a non domino*, *vid* el texto del a. p. 355, transcrito *supra* en la nota 149.

(174) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la propiedad español*, *cit.*, pp. 242-243: «Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente [...] Los autores de la Ley, por este camino, sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos ...».

(175) CASTRO: *Derecho Civil de España* I, 1949, p. 192.

zando, podríamos decir nosotros en el presente contexto: para superar la exageración «germánica» de la inscripción necesaria o constitutiva y la cortedad e insuficiencia protectora del sistema registral francés.

Pero, aunque puesto el colofón, hay que añadir todavía un brevísimo epílogo. Y es que no siempre entre nosotros se ha hecho justicia a nuestro sistema inmobiliario. De él se ha dicho que constituye un híbrido anticientífico (176); que introduce un censurable dualismo en el régimen de los derechos inmobiliarios (177); que, al prescindir de la inscripción

(176) Así DE CASSO: *op. cit.* p. 65: «... el “sistema” tradicional español en materia hipotecaria no existía, y el de la nueva Ley fue un híbrido anticientífico, que, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y la especialidad germánicas, rechazaba la necesidad de la inscripción para la *eficacia* de los Derechos reales, introduciendo ese confusionismo perturbador que aleja del Registro y hace todavía casi inútil su existencia»; *Id.* p. 144: «Pero lejos de estar de acuerdo con la reciente teoría, un poco acomodaticia, o de «consolación», que afirma que nuestro sistema de Registro es *original* o *típico*, y que así fue ya *pensado* por los redactores de la Ley de 1861, entendemos que esa necesidad del tercer elemento [la inscripción] para el nacimiento pleno del derecho real, implica únicamente un *defecto* surgido de una inconsecuencia: la de establecer un *dualismo* para la eficacia de los derechos reales entre el Derecho Civil y el que podemos llamar Registral. Se aceptaron en 1861, y después, algunos rasgos genuinos del sistema alemán *constitutivo* (presupuestos de «fe pública», de «legitimación», de «especialidad», etc.), pero no se dio entrada, como pidiera Luzuriaga, al que era básico para esos otros: al de *inscripción constitutiva*. Quizá esto fuera disculpable en el momento en que se elaboró aquella primera Ley [...] pero después, y sobre todo hoy, [...] no pueden valer como excusa los argumentos que se vienen manejando, de ser imposible anudar a la inscripción la eficacia de los derechos reales». (Los subs. son del a.)

(177) Así, MORELL: *op. cit.* pp. 527-529: «¿Por qué se aceptó en nuestra legislación el dualismo de relaciones jurídicas ya entre las partes, ya en relación a terceros? Véase lo que se dice en la Exposición de Motivos de la primitiva ley, defendiendo la solución que se aceptó: [... ..] No es ese el verdadero terreno de la cuestión [...] Imponer en tales condiciones el requisito a medias, exigir la inscripción sólo para las relaciones entre terceros, y no entre las partes [...] será todo lo ecléctico que se quiera, pero constituye un gran error, e introduce una innecesaria confusión en las relaciones jurídicas [...] El único fundamento serio que puede atribuirse a esa distinción está en considerar como único fin del Registro, el de hacer públicas las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles. Si así fuese, ciertamente la publicidad sólo interesaría a los terceros, nunca a las mismas partes contratantes. Pero ni de eso habla la exposición con claridad, ni tal fin es el único que debe llenar el Registro, como hemos probado en las líneas fundamentales de esta obra, ni es la doctrina y tendencia de los arts. 17, 23, 24, 41 y 33 al 38 de la ley». JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, *cit.* pp. 632-633: «Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el goce exclusivo y la facultad de reivindicar, notas características de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción: [...]». COSSÍO: *Instituciones*, *cit.* p. 67: «... no es éste el lugar de señalar en qué medida lograron los redactores de la nueva ley las finalidades que se habían propuesto. En todo caso, sería injusto cargar sobre sus autores todas las deficiencias que en la misma pueden señalarse: aparte de las dificultades de todo empeño legislativo de esta índole, una reforma a fondo del sistema hipotecario presupone, como requisito indispensable, una revisión total de los conceptos del sistema civil. En tanto esta última no se

constitutiva, monta en el vacío los efectos «germánicos» de la publicidad (178). No es éste el momento ni la ocasión para entrar en la refutación de estas críticas. De lo dicho anteriormente creemos que se desprenden razones suficientes para desmontarlas con toda facilidad. Baste, pues, destacar ahora que, en nuestra opinión, el sistema español

realice todo intento se hallará viciado por el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria, esto es, por la duplicidad de ordenamientos inmobiliarios». DE CASSO: *op. cit.* p. 68: «Consecuencia de ello [de la inscripción declarativa]: Que en nuestro Derecho quedaron vigentes *dos modos* de adquirir o transmitirse el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles: 1.º Por la *inscripción* [...] *erga omnes* [...] 2.º Por el *contrato, entre los contratantes ...*». Específicamente dedicado al tema. DE LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 625-643. La idea estuvo tan extendida, que llegó a la Exposición de Motivos de 1944: «Cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero interin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanza de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

(178) Por todos, CARRETERO, Tirso: *Los principios hipotecarios*, *cit.* pp. 34-35: «Creemos que el primer error de bulto de nuestra doctrina está en considerar el principio de fe pública como la pieza maestra del sistema inmobiliario alemán. [...] Si hay un vértice o pieza maestra del sistema alemán ha de encontrarse, sin duda, en los principios capitales de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto, que aparecen en el parágrafo 873, con el que dicho capítulo comienza. El B.G.B., solamente después de estimar conseguida la exactitud registral, como norma general, por la inscripción constitutiva, el acuerdo real, etc., se atreve a establecer las presunciones de exactitud (parágrafos 891 y 892): una, *erga omnes*, pero *juris tantum*: la otra (fe pública), *juris et de jure*, pero en un ámbito reducido al subadquirente, que desconoce la inexactitud registral. [...] Nuestra doctrina rechazó ambas soluciones y cualquier otra que viniese a solucionar el problema básico de la publicidad y los efectos *erga omnes* del derecho real en base al Registro, y creyó ingenuamente que bastaba con introducir el principio de fe pública registral. Nuestra tesis consiste en lo siguiente: Si ampliamos la visión comparatista y damos prevalencia al problema sobre el sistema, nos percatamos en seguida de que si rechazamos la inscripción constitutiva (por claudicar ante la propiedad no registrada, por considerarla excesiva *inter partes*, etc.) y, al propio tiempo, rechazamos el puro principio de inoponibilidad, por su automatismo (protege al tercero aun sin buena fe) y por sus débiles efectos (no implica presunción de exactitud), nos encontramos con un sistema, igualmente lejano de las legislaciones germánicas que de las latinas, en que el principio de fe pública registral, en solitario y, además, minado por el requisito de la onerosidad del tercero, no pasa de ser una colosal carpa de circo, bajo la cual vive su vida el puro régimen de clandestinidad inmobiliaria». Insiste en la misma idea, en *Retornos al Código Civil*, *cit.* pp., e.c., 96: «Por ello creo que la legislación hipotecaria española o va a la inscripción constitutiva o retorna al originario sentido del art. 606 del Código y del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 o se resigna a ser una hermosa fachada vacía por dentro», o p. 136: «Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de oponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material, hecho fáctico, equívoco, casi siempre imposible, que pertenece al terciario de la publicidad y sólo valió en círculos sociales mínimos y cerrados al exterior, cual el villorrio medieval».

de publicidad supera a sus modelos al admitir a la publicidad del Registro todo acto o hecho que implique mutación jurídico-real (179), concediendo a la inscripción, de idéntico valor y significado siempre en sí misma, su verdadera y propia función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias. No hay en él distinción entre inscripciones con efectos de publicidad e inscripciones meramente informativas; ni entre sectores de cambios inmobiliarios donde la inscripción es constitutiva y sectores donde sólo es declarativa. Siempre como elemento de cognoscibilidad general, como *fattispecie* de apariencia jurídica (180), su función es la de ofrecer a los terceros una pauta segura de actuación. Habiéndola ofrecido coherente y suficientemente, nuestro sistema de publicidad supera claramente a sus modelos (181), y a la variante germánica que representa el posterior sistema suizo, que, aunque desechó la transmisión abstracta, no llegó a situar a la inscripción registral en el lugar que por su propia naturaleza le corresponde (182).

III. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Sentadas las bases de nuestro Derecho de Cosas, procede ya engarzar en ellas los principios de nuestro sistema hipotecario. Ni pretendemos entrar directamente en la determinación precisa y expresamente fundamentada de número exacto (*nec plura nec pauciora*) de nuestros Principios Hipotecarios, ni en cada uno de ellos intentaremos agotar su exposición y desarrollo. Por el contrario, partiendo de lo que en esta

(179) Lo destaca ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861*. RCDI p. 603: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente a todos, los actos y hechos jurídicos que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de transcendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte» (sub. del a.).

(180) Omitimos aquí el caso singular, y algún que otro análogo, de la inscripción de la hipoteca, al cual nos hemos referido ampliamente en nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación ... cit.*, Recientemente en Italia se ha ocupado del mismo problema GABRELLI GIOVANNI: *La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile*. RDC 1992, I, pp. 455 ss., esp., pp. 457-460, quien piensa en la perplejidad que producirá en los juristas extranjeros la incoherencia sin justificación de esa inscripción excepcionalmente constitutiva.

(181) Nuestro juicio es aquí radicalmente opuesto al de MORELL: *op. cit.*, pp. 125-128: «El sistema inmobiliario español, parodiando, aunque sea en sentido contrario, una frase vulgar, parece catedral y es ermita [...] La razón principal de este fracaso de nuestro sistema hipotecario se halla, sin duda, en haberse preocupado más los legisladores de la idea de publicidad que de la verdadera naturaleza de la propiedad inmueble ...».

(182) Tenemos que disentir aquí de SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones. cit.* p. 140: «Este último estadio de la orientación de los sistemas hipotecarios, hacia la inscripción constitutiva no abstracta [...] puede considerarse en la actualidad como incuestionable y no discutido doctrinalmente».

materia es hoy enseñanza común, nuestra atención va a centrarse en destacar la línea de coherencia que va desde la inspiración básica de nuestro Derecho inmobiliario hasta la determinación y concreción de los efectos de la publicidad registral y, en función de tales efectos, hasta la construcción de su soporte, esto es: la forma de organización del Registro y la regulación de los requisitos y condiciones de la inscripción registral. Seguiremos tratando de destacar la comparación, también en este plano, del sistema español con los modelos germánico y francés; será ello lo que, en algún punto concreto, nos haga completar la exposición cuasi-escolástica de los principios en nuestra doctrina hipotecarista y civil.

Así explicitado y concretado el propósito, comenzamos con la indicación de tales principios, para, a continuación, entrar en cada uno de ellos. Dijimos antes, y ahora lo hemos recordado, que un mínimo de exigencia sistemática impone distinguir entre principios relativos a los efectos de la publicidad registral y principios rectores de su organización y requisitos. Entre los primeros —principios sustantivos— creemos que deben enumerarse: el de inoponibilidad a terceros de lo no publicado; el de prioridad-rango; los dos a veces incluidos en el de publicidad, esto es: el de legitimación o presunción de exactitud del Registro y el de fe pública registral; y, finalmente, el de buena fe. Entre los segundos —principios instrumentales, adjetivos u organizadores—, el de publicidad en sentido formal, el de especialidad, el de publicidad real o folio real; el de inscripción, referido a la forma de practicarse el asiento registral principal, como contrapuesto a los de transcripción y encasillado: todos ellos referidos a la organización del Registro; tras éstos, el de rogación; desdoblados los que a veces se reúnen en el principio de legalidad: el de titulación auténtica y el de calificación registral; el de prioridad-cierre; y el de tracto sucesivo: estos últimos, referidos a la práctica de la inscripción. Como puede verse, y a pesar de algún añadido que más adelante se tratará de justificar, es la propuesta una enumeración *canónica* en la que, naturalmente, por estar pensada para nuestro Derecho, faltan principios tan extraños al mismo como los de inscripción y consentimiento (183).

(183) El principio de inscripción (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*) es de cuño netamente alemán, constituyendo su núcleo la integración de la inscripción registral en el proceso de la transmisión jurídico-real. Así se le presenta en STAUDINGER-ERTL.: Vorbem zu §§ 873-902. Rz 27: «d) Eintragungsprinzip: Das Eigentum geht durch Grundbucheintragung über. Das reine Eintragungsprinzip mit formaler Rechtskraftwirkung hat vor 1900 zB in Hamburg, Mecklenburg, Sachsen, geherrscht und war im bayerischen Entwurf eines BGB (1864) vorgesehen. Obwohl das im deutschen Rechtskreis geltende Recht das Eintragungs- und Konsensprinzip so miteinander verbunden hat, daß weder Eintragung allein noch Konsens allein genügt, bestehen Unterschiede. Nach BGB (§§ 873; 925) bewirken nur dingliche Einigung (in Auflassungsform) und Eintragung als selbständige Voraussetzungen gemeinsam den rechtsgeschäftlichen Eigentümerwerb, der in der Schweiz durch öffentlich beurkundeten

(nichtdinglichen) Vertrag und Eintrag (Art 656, 657, 972 ZGB), in Österreich durch Erwerbsgeschäft in beglaubigter oder öffentlicher Urkunde und Einverleibung im Grundbuch (§§ 380, 431, 432 ABGB) und in der DDR durch öffentlich beurkundeten und staatlich genehmigten Vertrag und Grundbucheintragung (§ 297 ZGB) erfolgt». De la misma forma lo presenta DESCHENAU *op. cit.* pp. 7-8, en el Derecho Suizo, aunque destacando, lo que valdría también para el Derecho alemán, su versión débil en los supuestos donde la inscripción tiene valor sólo declarativo; «3. *Principe de l'inscription*. La publicité foncière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles. «L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière» (art. 656 al. 1: pour les autres droits réels, voir art. 731 al. 1, 746 al. 1, 783 al. 1, 799 al. 1). «La propriété s'éteint par la radiation de l'inscription ...» (art. 666 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 712 *fa* al. 1, 734 al. 1, 748 al. 1, 801 al. 1). On parle de l'effet *négalif* du registre foncier (sans inscription, pas de modification du droit réel) ou de son effet *constitutif* ou encore *extintif*; qui s'applique entre parties comme à l'égard des tiers. Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncière (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*. Nécessaire ou non, l'inscription n'est jamais suffisante, en l'absence de titre, pour créer, modifier ou éteindre des droits réels. Le principe d'inscription, absolu ou relatif, n'est pas radicalisé». En nuestro Derecho, donde la transmisión negocial se produce fuera del Registro, por el sistema del título y el modo, no puede hablarse, aunque se lo haga con frecuencia, de principio de inscripción. Disiente de este planteamiento, en nuestra más reciente doctrina, GARCÍA GARCÍA *op. cit.* I, pp. 557 ss., para quien «determinar el alcance de la inscripción respecto a la formación o conformación del derecho real es el tema fundamental del principio de inscripción», lo que le lleva a defender el «principio de inscripción», «pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción «conformadora» de la plena eficacia real «erga omnes». En el primer caso, estamos ante la inscripción constitutiva propiamente dicha. En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real «erga omnes» del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros. Pero excluimos la vía negativa de la llamada «inscripción meramente declarativa». Nosotros pensamos que si esta materia hubiera de llevarse al elenco de los principios para constituirlos en uno de ellos, en nuestro Derecho habría que hablar, como indican LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 64, de un «principio de no inscripción». En todo caso, el valor de la inscripción ha quedado ya tratado en el curso de esta exposición al hablar de la base de nuestro Derecho de Cosas consistente en la publicidad no constitutiva de los derechos reales inmobiliarios.

Igualmente de cuño netamente alemán es el llamado *principio del consentimiento*. Rizando el rizo de la transmisión abstracta, en Alemania se distingue entre un consentimiento material, referido al acuerdo real abstracto (*Einigungsgrundsatz, materielles Konsensprinzip*) y un consentimiento formal (*Eintragungsbewilligung*), consistente en la declaración por la que el interesado autoriza unilateralmente la práctica de un asiento que modifica su situación tabular. A veces este segundo consentimiento, que también se considera negocio abstracto, es suficiente para la toma de razón registral. Para la distinción entre consentimiento material y formal, Cfr. STAUDINGER-ERTL, *cit.*, § 873, Rz 118: «... *Einigung und Bewilligung sind zwei selbständige Rechtsakte. Ihr Wesenunterschied darin besteht, daß in der Einigung der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet ist, während mit der Bewilligung der Betroffene einseitig eine seine Grundbuchposition beeinträchtigende Eintragung gestattet. Einigung und Bewilligung können aber in den gleichen Erklärungen der Beteiligten enthalten sein, erscheinen dann äußerlich als Einheit, sind aber in Wirklichkeit ein Doppeltatbestand, der in seine beiden Bestandteile Einigung und Bewilligung zerlegt und getrennt werden muß*»; Id. Rz 124: «Die Wesenunterschiede sind nahezu lückenlos geklärt. *Die Einigung ist eine materielle Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung, die Bewilligung eine formelle Voraussetzung der Grundsacheintragung. Die Einigung ist im BGB (§ 873), die Bewilligung in der GBO (§ 19) geregelt. In der Einigung ist der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet, in der Bewilligung auf die Gestattung der Eintragungstätigkeit des GBAmts. Empfänger der Einigungserklärung ist 'der andere Teil' (§ 873), Adressat der Bewilligung das GBAmt. Die Bewilligung muß der Eintragung vorausgehen, die Einigung kann ihr nachfolgen. Die Einigung ist idR formlos, die Bewilligung formgebunden (§ 29 GBO). Von Ausnahmen abgesehen kann die Einigung bedingt oder befristet erklärt werden, die Bewilligung nicht. Fehlt die Einigung, so wird sie durch die Bewilligung nicht ersetzt, fehlt die Bewilligung oder weicht sie von der Einigung ab, so ist die Eintragung trotzdem wirksam. Bei fehlender Einigung kann die Eintragung unrichtig sein (§ 894), bei fehlender Bewilligung nicht. Sind die Erklärungen über die Einigung und Bewilligung äußerlich eine Einheit, was zulässig ist und in der Praxis häufig vorkommt, muß diese scheinbare Erklärungseinheit durch Auslegung in ihre Einzelbestandteile "Einigung" und "Bewilligung" zerlegt und dann rechtlich getrennt beurteilt werden. Vid también, WOLFF: *op. cit.* pp. 187-192. En nuestra doctrina y para nuestro Derecho sólo defendió el principio del consentimiento («corajudamente», dice GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 28) don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El principio del consentimiento*, «Estudios ...» *cit.* pp. 406 ss. Es evidente que el causalismo de nuestro Derecho, y el ser en él los actos y contratos (títulos en sentido material) de finalidad transmisiva lo que constituye el objeto de la inscripción, que, por otra parte, puede ser solicitada por persona distinta al titular registral (art. 6 LH), impiden todo parecido con el principio alemán del consentimiento. Nuestra doctrina, que al tratar de la materia suele comprender en ella tanto el consentimiento material como el formal, se muestra generalmente contraria a este principio, aunque, con frecuencia, admite ciertas manifestaciones del consentimiento formal en nuestra legislación hipotecaria. Cfr. en tal sentido, e.c., COSSÍO: *op. cit.* pp. 105-107; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones II, cit.* 17 ss.; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 50-51. Específicamente para el consentimiento formal: Díez-PICAZO: *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, RCDI 1967 pp. 1263-1290. La reciente Resolución de 2 de noviembre de 1992, rechazando por razones de coherencia sistemática la posibilidad del consentimiento formal en nuestro Derecho, afirma que «En esta interpretación —la única que permite la congruencia sistemática— no carece de sentido el texto del párrafo primero del art. 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto».*

I. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

De acuerdo, pues, con el orden enunciado, y por exigencia lógica, comenzaremos por los principios sustantivos. En el orden lógico, en efecto, la representación ideal del alcance previsto y querido para la publicidad, es previa a la elección de los principios que se pondrán al servicio de su instrumentación. Pues bien, ello supuesto, en nuestro Derecho Inmobiliario Registral pueden destacarse como principios sustantivos los siguientes:

1.º *Principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito.* Es éste un principio generalmente omitido en nuestra doctrina (184), a pesar del extraordinario relieve con que la inoponibilidad de lo no inscrito se destaca en la Exposición de Motivos de 1861 y en nuestra primitiva doctrina hipotecaria, y a pesar también del sabor claramente «inoponibilista» del art. 32 de la Ley Hipotecaria y del art. 606 del Código Civil (185). No deja de ser sorprendente que en un sistema que se consideró condensado en la norma que hoy contiene el art. 32 LH (186), y cuyo «cardinal principio», en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA, es que «no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro» (187), no se reconozca como uno de sus principios configuradores el de la inoponibilidad de lo no inscrito.

¿Cuál puede ser la razón de esta sorprendente omisión? Claramente, dos; de valor muy distinto cada una de ellas. La primera: que el recurso a la selección de los principios como técnica que permite la visión panorámica del conjunto y que destaca sus líneas explicativas, es de importación alemana, y en Alemania, como es sabido, no puede hablarse de un principio autónomo de inoponibilidad. Y la segunda: que en nuestra doctrina de la publicidad inmobiliaria, los elementos positivos de la legitimación y de la fe pública registral, —aunque ya contenidos en la Ley Hipotecaria de 1861, tan tenuemente expresados en la misma—, han ido progresivamente tomando cuerpo y ganando terreno hasta llegar a invadir y vaciar de sentido propio al art. 32, según interpretación del mismo muy prestigiosa y extendida. Dos factores, a su vez, pueden haber intervenido en esta segunda razón: uno, más su-

(184) La excepción es aquí GARCÍA GARCÍA, que lo enumera entre los principios que se refieren a los efectos de la inscripción (*op. cit.* L p. 538), lo expone sucintamente como tal principio (*ib.* pp. 541-542) y lo desarrolla ampliamente con independencia del de fe pública registral (*op. cit.* II, pp. 29-226).

(185) Hay otros preceptos que lo fundamentan. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.* II, p. 29) aduce como tales los siguientes: 13 LH; 313 LH; 225 LH; 1473, II CC; 1526 CC; 1549 CC; 5 LPH.

(186) *Cf.* lo dicho, *supra*, en las notas 157 y 158.

(187) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 600, entre tantos otros testimonios.

perfidial, la fascinación producida entre nosotros por todo lo germánico; otra, de mayor peso, la natural proclividad en un Registro de publicidad positiva, como el nuestro —en esto tan opuesto al francés, prototipo de los Registros de inoponibilidad— a que dicha inoponibilidad, de no actuar en zonas o en aspectos ajenos a los de la fe pública registral, tienda a confundirse en ésta como su simple manifestación negativa.

La primera de estas dos razones carece, obviamente, de todo valor. Si estamos tratando de fundamentar, desde nuestro Derecho y para nuestro Derecho, los principios hipotecarios, es claro que ningún valor decisivo puede tener para nosotros lo que en el sistema alemán ocurra respecto al principio de inoponibilidad. Pasar al juicio de la segunda razón nos impondría, en cambio, tenernos que adentrar en la *vexata quaestio* de la relación entre los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y, consiguientemente, del monismo o dualismo del tercero hipotecario. Es evidente que la complejidad de la cuestión y la extensión que ha tomado en nuestra doctrina (188), impiden su tratamiento directo y a fondo en sede como ésta, dedicada a la simple y genérica exposición de los Principios Hipotecarios. Baste aquí, por tanto, una toma de posición, cuya fundamentación y desarrollo tendrá que quedar remitida al momento en que estudiemos *ex profeso* y con detenimiento los efectos de la publicidad.

En nuestra opinión, y comenzando por lo que parece menos discutible, debe retenerse como cierto que los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no vienen a coincidir hasta el punto de contener una sola e idéntica norma, formulada negativamente en el primero y positivamente en el segundo. En cuanto a los requisitos exigidos en cada uno de ellos, hay que admitir que el art. 32 no requiere, al menos, el dato de la previa inscripción para proteger al tercero que, por primera vez, inscribe. Por aquí la inoponibilidad de lo no inscrito conserva una zona propia a la que evidentemente no puede llegar la fe pública registral (189). Y en cuanto a la filosofía subyacente a cada precepto, parece necesario convenir que mientras el art. 34 responde a la idea de la protección de la apariencia jurídico-registral, el art. 32 da expresión a la más primaria eficacia de la publicidad en su lucha contra la clandestinidad: la preferencia del título inscrito en colisión con el no inscrito (190).

Esto supuesto, el art. 32 LH bastaría para afirmar la autonomía del principio de oponibilidad y la existencia en nuestro Derecho de una zona,

(188) Aquí, sin entrar siquiera en la indicación de sus protagonistas principales y de sus trabajos más significativos, sólo podemos remitir a su presentación en obras generales como la de ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 546 ss. o GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 91 ss.

(189) Nos convence en este punto la argumentación de LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), pp. 173-176.

(190) Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 64.

limitada pero importante, donde ésta actúa en solitario, más allá del círculo concentrado que la ley reserva a la fe pública registral. Creemos, con todo, que es posible señalar con mayor amplitud la extensión del principio ahora en estudio, iluminado desde el mismo el agitado e importante problema de la confrontación entre la anotación de embargo y los derechos sobre el bien embargado anteriores a ella y no inscritos. ALVAREZ CAPEROCHIPI lo ha hecho con valentía y su opinión ha encontrado eco en recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros (191).

Más generalmente, el principio de inoponibilidad, en tanto que manifestación primaria del significado mínimo de la publicidad, viabiliza lo que ROCA SASTRE, —incluyéndolo en el principio de publicidad, en coherencia con su concepción «monista»—, distingue y denomina como la función o energía del Registro «como instrumento de afección de lo inscrito a terceros [adquirentes, añade ROCA] (192). La más variada gama de modalizaciones, gravámenes y afecciones del derecho inscrito,

(191) ALVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.* pp. 145 ss., esp. 155-163. Las Resoluciones a que nos referimos son la de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, que en el punto que aquí interesa se producen en idénticos términos: «... ha de repararse que al no existir —y ello es indudable al tiempo de producirse los hechos enjuiciados— ningún mecanismo que asegurase la constancia en el proceso de ejecución de esa inscripción posterior a la anotación del embargo basada en un título traslativo anterior al embargo mismo, se corría el riesgo de la continuación innecesaria de un proceso cuyo resultado no iba a lograr reconocimiento jurídico alguno (el titular registral se presume dueño a todos los efectos legales —*vid* art. 38. 1 de la Ley Hipotecaria—), con el consiguiente descrédito para las ejecuciones procesales y el injustificado trato que se otorgaría a los eventuales postores (quienes ni siquiera consultando el Registro al tiempo de la subasta podrán adquirir certeza de la titularidad del ejecutado sobre el bien a ejecutar, pues esa inscripción intermedia podría sobrevenir en el ínterin entre la subasta y la presentación en el Registro del auto de adjudicación) que no sólo perderían el bien adquirido, sino que encontrarían importantes dificultades para recuperar el precio abonado; y todo ello en beneficio de quien —quizá conscientemente— no sólo retrasó la inscripción de su derecho respecto de la constatación registral del embargo, sino que, además, adopta una postura pasiva, absteniéndose de hacer valer ese derecho en el proceso entablado, a pesar de que el Registro ya advirtiera en el momento de su inscripción, de la existencia de dicho proceso. Ha de reconocerse la poca coherencia de una solución que impone la publicidad registral del embargo a fin de dar seguridad al tráfico jurídico, pero que al mismo tiempo concibe la inscripción como un instrumento de inutilización de un embargo anteriormente anotado, y al margen del proceso mismo en que se decreta; la más estricta lógica jurídica impone que desde que el embargo accede al Registro de la Propiedad, éste se convierte en garante de su íntegra eficacia mientras no sea alzado por el Juez que lo decretara; aun cuando el título anterior al embargo sea de mejor condición que éste, no puede pretenderse que la sola inscripción registral proporcione una tutela definitiva frente al embargo, pues ni siquiera se anticipó a dicho embargo en la constatación tabular». En este mismo problema se manifiesta más restrictava y precavidamente GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 52: «... Y también es tercero, a pesar de la abundante jurisprudencia y doctrina en contrario, *el anotante de embargo*, al menos frente a otras anotaciones de embargo, hipotecas y adquisiciones realizadas con posterioridad».

(192) ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297 y 305-306.

serán oponibles a tercero sólo si constan registralmente en forma suficiente, bien sea a través de la inscripción del derecho principal (art. 13 LH), bien a través de anotación preventiva (arts. 69 y 71 LH), bien por nota marginal (arts. 259, 2 y 265, III RH). En este aspecto, como destaca el mismo ROCA SASTRE, la publicidad no juega como elemento de protección en favor de terceros adquirentes, sino desempeñando un cometido de afección negativa, en cuanto impone tener que soportar cargas o gravámenes que no son susceptibles de transmisión protegible (193).

Prosiguiendo en esta misma línea, desde el principio que ve en el Registro un elemento de cognoscibilidad que permite oponer a terceros lo que en el mismo se publica, y que, supuesta la posibilidad de dicha publicación, declara inoponible lo no inscrito, debe entenderse el régimen previsto en nuestro Derecho para la proyección a terceros de la relación arrendaticia (arts. 2, 5 LH; 13 y 15 RH; 1549 y 1571 CC; 13, 1 (II); 14 (II); 25, 4; 29 LAU), e incluso para la oponibilidad de las resoluciones que declaran la incapacidad de las personas y las situaciones que afectan a su libertad dispositiva (arts. 2, 4; 42, 5; 43, 3; 73, 2 LH; 10; 55; 166, 5 RH; 214 CC). En el primer caso, por más que la Exposición de Motivos de 1861 llegue a afirmar lo contrario (194), salimos del campo propio de los derechos reales; en el segundo se trae a la publicidad y se supedita a su juego una situación directamente personal del individuo. En ambos, con todo, nuestro legislador actuó con buen criterio y, aunque muy criticado por haber traído al Registro de la Propiedad la constancia de las situaciones de incapacidad de obrar, nadie podrá negarle que al hacerlo fue fiel a la finalidad que se había propuesto: la de dar completa seguridad al adquirente (195).

Finalmente, nos parece, al principio de inoponibilidad responde, sin necesidad ni posibilidad de entrar ahora en la polémica sobre su interpretación, el art. 313 de la Ley Hipotecaria (196).

(193) ROCA SASTRE: *loc. ant. cit.*

(194) E. M. p. 244: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos [los arrendamientos inscribibles] ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

(195) E. M., p. 243: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido». Sabido es de sobra cómo, a partir sobre todo de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la doctrina ha venido desactivando nuestro régimen legal de supeditación de la incapacidad a su publicidad en el Registro de la Propiedad Sobre ello, y tratando de recuperar dicho régimen, vid. nuestro estudio *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid 1986, pp., esp., 116-148.

(196) Para el art. 313 y la polémica en su interpretación, *vid* por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 272-297 y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 613 y ss.

Recapitulando, y ciñéndonos al tono general que exige el presente planteamiento, podemos concluir y destacar que en un sistema donde la inscripción no es constitutiva; donde, por tanto, es posible la existencia y adquisición de derechos reales al margen del Registro, la inoponibilidad del título no inscrito y la preferencia frente a él del título inscrito, constituye una manifestación primaria y mínima del *favor publicitatis*, que ni se traduce en la nulidad de lo no inscrito ni convierte a la inscripción en requisito de validez de lo inscrito, sino que se limita a consistir en ese puro, aunque decisivo, criterio legal de preferencia que formula el art. 32 de la Ley Hipotecaria. En él la inoponibilidad de lo no inscrito no es la otra cara o la expresión negativa de la fe pública registral; es, en cambio, la expresión, como diría OLIVER comentando el Anteproyecto de LUZURIAGA, del primer y natural efecto de la toma de razón, conocido en la legislación española desde el siglo XVI, es a saber: que «ningún título traslativo de la propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro» (197). Es evidente que en esta proyección de la publicidad resplandece el componente latino de nuestro Registro de la Propiedad (198), que integra entre sus efectos el de la inoponibilidad de lo no inscrito. Con todo, debe advertirse que la más sólida consistencia del edificio de nuestra publicidad registral, y, por consecuencia de ella, la interpretación de esta última en clave de apariencia jurídica protegida, permite en nuestro Derecho un compromiso con la inoponibilidad al que no siempre se llega en Francia (199): la omisión de la toma de razón, en combinación con lo previamente inscrito, e incluso en sí misma, genera para los terceros una apariencia negativa en cuya confianza no pueden ser defraudados. De esta forma, más allá del concreto y literal supuesto del art. 32 —también en él— el principio de inoponibi-

(197) OLIVER: *op. cit.* p. 47-48.

(198) *Cfr.* en la Ley francesa de Transcripción de 1855, el art. 3, indicador del significado general de la publicidad registral:

«Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans».

(199) *Cfr.* TROPLONG: *op. cit.* p. 397, para la reducción de los efectos de la no inscripción de las sentencias sobre nulidad, rescisión o resolución de un acto inscrito: «On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée». Se hace eco de ello en nuestra doctrina JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios...*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo multa de 100 francos».

alidad está perfectamente en línea con la idea de un Registro concebido como elemento fiable de cognoscibilidad *erga omnes* de las situaciones jurídicas (derechos, cargas o afecciones, arrendamientos en determinadas circunstancias —hoy, en general—, incluso incapacidad y limitaciones en la libertad dispositiva de su titular) inmobiliarias, cuya predisposición legal impone al legislador el mínimo de coherencia consistente en evitar al tercero la sorpresa de que pueda verse perjudicado por un derecho o por un dato inscribible y del que, de hecho, el Registro no le dió oportuna noticia.

2.º *Principio de prioridad-rango*. Muy próximo al principio de inoponibilidad aunque, como veremos, no identificado absolutamente con él, se presenta, éste sí, con reconocimiento general en la doctrina, el principio de prioridad (200).

Su significación central es clara: Supuesta la regla de preferencia en la colisión de los derechos reales, *prior tempore, potior jure*, una vez instaurado el Registro de la Propiedad y apenas uno de los derechos en liza esté inscrito, la prioridad que cuenta no es ya la del título generador sino la de su ingreso en el Registro. Se sigue naturalmente de ello en nuestro sistema, tanto el cierre registral a los derechos que, aunque anteriores en su fecha, lleguen al Registro con posterioridad a otro que en él se encuentre inscrito y con el que sean incompatibles, como la determinación del rango de los derechos compatibles; también éste vendrá determinado por la prioridad de la inscripción, y no por la del título constitutivo. Es ello plenamente coherente con el significado del Registro y con las razones que llevaron a implantarlo: si la clandestinidad era la peste a combatir, y el Registro el instrumento jurídico para superarla, se entiende perfectamente que en caso de colisión o concurrencia de derechos sea la publicidad la que dirima. VILLARES lo indicó diciendo que el principio de publicidad bien podría llamarse «principio de luz pública registral» (201).

Dicho esto, proseguir un paso adelante puede suponer salir del terreno de lo claro para entrar en el de lo confuso y discutible. Yendo a la naturaleza del principio de prioridad: ¿constituye éste un principio sustantivo, o se limita a ser un principio adjetivo o formal? La respuesta no es sencilla. GÓMEZ DE LA SERNA, en el comentario al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, relativizaba la importancia del cierre registral y de la norma que lo establece: esta última —decía— no sería, en rigor, necesaria, ya que el cierre

(200) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 552, tras la exposición y crítica de las de SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE, propone la siguiente definición del mismo: «*aquel principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen en caso de conflicto frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación en el libro Diario*».

(201) VILLARES PICÓ, M.: *op. cit.* p. 297: «Este principio de prioridad también podemos llamarle de «luz pública registral», ya que la Ley protege al inscribiente que primero trae a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble, sacándolo de la gestación clandestina».

es pura aplicación del valor atribuido a la publicidad, según aparece en el principio de inoponibilidad (202); hoy, en cambio, no es infrecuente situar el principio de prioridad, no entre los adjetivos o de pura organización del Registro, sino entre los que se refieren a los efectos sustantivos de la inscripción (203). La razón de la dificultad se ve inmediatamente: si se cargan las tintas en la sustantividad de la prioridad, termina ésta por desembocar en la inoponibilidad, perdiendo en ella su propia individualidad y autonomía (204),

(202) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 524 y 527: «La disposición única que este artículo [el 17] contiene tiene bastante importancia, porque es una consecuencia necesaria y una explicación práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el Registro antes de hacer éste su inscripción [...] De todo lo dicho se infiere, que si bien el artículo que dejamos comentado tiene mucha importancia, no por eso puede ser calificado como un de las bases capitales del Ley: es sólo una de las consecuencias del sistema adoptado, utilísimas por las razones expuestas, tanto en los Motivos escritos por la Comisión de Codificación, como en las indicaciones que preceden. Sin él no variarían los principios capitales de la Ley, ni ninguna de sus indeclinables consecuencias, pero faltaría una regla utilísimas que después de enunciada no nos parece que pueda ser impugnada con fundamento».

(203) Así, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 167-170, donde el principio de prioridad aparece con los de legitimación y fe pública registral, constituyendo los «Principios que rigen los efectos de la inscripción». También, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 538 y 543-544.

(204) Como una aplicación del principio de inoponibilidad aparece el cierre registral en la Exposición de Motivos de 1861, pp. 248-249: «Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». Igual ocurría en los comentarios de LUZURIAGA al Proyecto de 1851, *op. cit.* p. 951, donde se dice que los arts. 1859 (preferencia del comprador posterior que primero inscribe) y 1860 (preferencia de acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualesquiera derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles) «son aplicación exacta del principio consignado en el artículo anterior [1858: *Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, [...] surte efecto contra el tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público*]; y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la grande importancia del objeto que encierran, y que no debe dejarse dependiente de interpretaciones». Es significativo, en este sentido, que en las Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, citadas *supra*, nota 191, tras argumentarse desde la óptica de la inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe, se haga tránsito a la fundamentación de idéntico resultado desde el punto de vista del principio de prioridad: «La consideración de que el proceso de ejecución y su resultado —el remate— han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria). En efecto, por virtud de este postulado, el título que primero accede al Registro, determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquier otro que, aun siendo anterior, resulte incompatible con él; es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquel subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella

con el inevitable y paradójico resultado de quedar reducida su más característica manifestación legal —el cierre registral (art. 17 LH)— a una simple operación libraria. Quizá por ello sea lo mejor desdoblar, distinguiendo dentro de la prioridad registral entre el efecto jerarquizador del rango y el efecto del cierre del Registro (205): el primero sería de naturaleza sustantiva, mientras que el segundo tendría carácter adjetivo o formal (206).

inscripción queda bajo la salvaguardia de los Tribunales (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquella. Siendo esto así y siendo evidente la incompatibilidad entre el embargo anotado y la enajenación anterior que aún no se ha inscrito, obligado es concluir, bien que esta enajenación anterior no podrá ser ya inscrita después de la anotación del embargo, bien que ha de admitirse —como solución más práctica— tal inscripción (por analogía con la inscripción de una enajenación posterior del bien trabado —art. 71 de la Ley Hipotecaria—), pero con absoluta supeditación a aquel embargo, de modo que al acceder al Registro el remate, su inscripción provocará la cancelación de aquella, como ocurre respecto de las inscripciones de enajenación posterior al embargo mismo». En la doctrina, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 578, que admite como distintos los principios de inoponibilidad y de prioridad, reconoce que: «En realidad, es tal el contacto mutuo entre el principio de prioridad y el de inoponibilidad, que uno y otro se presuponen y tienen el mismo fundamento. Puede decirse que ambos contemplan la misma realidad, pero desde distintos campos de estudio».

(205) Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, p. 185; LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.* (1968), p. 151.

(206) En general, la distinción entre la doble dimensión, material y formal, del principio de prioridad, puede verse en MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 294: «g) Vorrang-Grundsatz (Prioritätsprinzip). Das Rangverhältnis [...] hat materiellrechtliche und formelle Bedeutung; man muß daher theoretisch zwischen materiellen und formellen Rang unterscheiden». Establecida dicha distinción, el rango hipotecario, pertenece al orden de lo material, y, en función de ello —dirá COSSÍO: *op. cit.* p. 172— «se sustantiviza y puede incluso convertirse en objeto de negocios jurídicos»; en Alemania —STAUDINGER-ERTL: Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 23— se dice que el rango: «für den Wert des Rechts und seine Priorität in der Zwangsvollstreckung entscheidend ist». El cierre registral, en cambio, pertenecería al orden de lo formal. En efecto, carácter formal le atribuyen, entre otros, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. p. 160: «Gómez de la Serna creo que es el primero que en España ve la diferencia entre uno y otro precepto [el actual art. 1473 del CC y el art. 17 LH]. Es decir, el CC contiene una regla de fondo, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el CC en la colisión produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al CC una excepción, o fin de non procéder, con arreglo a la Ley Hipotecaria, una inadmisión, une fin de non recevoir. La primera no actúa más que alegada por la parte; la segunda, de oficio, automáticamente, por el Registrador»; ROCA SASTRE: *op. ant. cit.* p., esp., 207: «[...] el art. 17, I, tiene un valor normativo de finalidad inmediata meramente formal, pues va dirigido al Registrador para que se abstenga de inscribir el título o acto registrable que simplemente resulte incompatible con el ya inscrito o anotado [...] abstracción hecha de toda idea de prioridad material»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 160, quienes afirman que el art. 17 fue introducido en la Ley Hipotecaria de 1861 «como un medio de dar cauce formal a la regla sustantiva que, en caso de doble venta de una cosa, concede el dominio al adquirente que inscribe su título en el Registro», «teniendo [...] finalidad simplemente formal y de régimen interior del Registro» (pág. 162); también COSSÍO *op. cit.* p. 170, para quien el cierre registral proporciona al rango su «más eficaz defensa de carácter formal o adjetivo». Discrepa de este punto de vista, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 571, 573-574 y 680-682, para quien la reducción del art. 17 a lo puramente formal constituye uno de los «tópicos antihipotecarios» o «bacterias que perjudican al sistema».

La complejidad de contenido y la diferencia de significación que el principio de prioridad puede llegar a alcanzar se pone de manifiesto con sólo observar su juego en los distintos sistemas hipotecarios. El principio de prioridad, de evidente sabor latino, viene a constituir la base del sistema francés, concretando temporalmente el inicio de la oponibilidad del título inscrito en la fecha de su depósito en la oficina del Registro (207). Se produce de esta manera una total correspondencia y adecuación entre el efecto de la publicidad, cifrado en la supeditación de la oponibilidad, y el principio de prioridad que concreta su inicio. Puede así decirse que la prioridad registral es la base del sistema de transcripción, y que en el sistema de transcripción el Registro es un «Registro de prioridad» (208). Pero con ser tan característico del sistema francés, no es exclusivo del mismo este principio. Con NÚÑEZ LAGOS habrá que decir que la prioridad es común a todos los sistemas hipotecarios; que constituye el efecto primero, rudimentario y fundamental de todo Registro (209). Juega, efectivamente, en Alemania, sin el soporte del Libro Diario, y, con él, en Suiza (210), determinando el rango de los derechos inscritos. En una y otra, con protagonismo menor y bajo el dominio del principio absoluto de la inscripción, o de la inscripción constitutiva, no siendo posible la confrontación entre el derecho inscrito y el no inscrito, el rango absorbe todo el principio de

(207) Cfr. MAZEAUD: *Op. cit.* p. 575: «C'est par le dépôt de l'acte que la publicité est réalisée. C'est donc à compter du jour du dépôt que l'acte est opposable aux tiers».

(208) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ..., cit.* p. 154: «Sobre el principio de prioridad está basado el sistema de transcripción francesa». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 151, nota 2: «La inatacabilidad del título inscrito por aquellos que no se inscribieron, que forma el aspecto negativo de la publicidad, constituye la base de los Registros de tipo francés, cuyo único fin es ordenar los *iura in re aliena* compatibles con arreglo al tiempo de la transcripción, y resolver la colisión de los derechos incompatibles en favor del que se ha transcrito primero. Tales Registros son conocidos, así, con el nombre de «Registros de prioridad»».

(209) NÚÑEZ LAGOS: *op. et loc. ant. cit.*: «La prioridad es común a todos los sistemas inmobiliarios. Podría decirse que el efecto primero, rudimentario y fundamental de todo libro registro es la prioridad, porque el efecto más primitivo de la documentación pública fue la fijación auténtica de la fecha». También, VILLARES: *op. cit.* p. 297: «Se cree que este principio sólo tiene importancia y razón de ser en los regímenes basados en el sistema francés, en que la inscripción tiene sólo efectos de oponibilidad o eficacia en sentido negativo; pero esto no es exacto, ya que el principio de prioridad existe, con más o menos intensidad, en todo sistema hipotecario...».

(210) ZGB art. 972:

«Die dinglichen Rechte entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch. Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden.

Wo nach kantonalem Recht die öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vermittelt Einschreibung in das Urkundenprotokoll erfolgt, tritt diese an die Stelle der Einschreibung in das Tagebuch.

prioridad (211), que en Alemania se hace topográfico, concretándose en la «casilla» (*Locusprinzip*), dentro de un sistema de «puestos fijos», y que en Suiza, salvo para las garantías inmobiliarias, se mantiene en su dimensión temporal, concretado en la fecha de la presentación en el Libro Diario, a la cual se retrotraen los efectos de la inscripción (212). Preferencia del derecho primeramente inscrito y preclusión, en todo caso, del anterior no inscrito, o sola determinación del rango, son las manifestaciones del principio de prioridad en su consideración comparada.

¿Cuáles son sus perfiles en nuestro Derecho? ¿Se produce en él alguna peculiaridad que lo distinga? La singular fisonomía de nuestro sistema registral invita a responder anticipadamente en sentido afirmativo. En un sistema como el nuestro, que, situado en la pista latina de lanzamiento de la inscripción no constitutiva, se eleva hasta la producción de una publicidad germánica o de efectos plenamente positivos, es lógico que la prioridad registral alcance características propias que la distinguen frente a la de sus modelos habituales. La comparación es muy fácil respecto al sistema germánico, y es el mismo D. JERÓNIMO GONZÁLEZ quien nos la da ya formulada: «Ni el Código Civil alemán, que no reconoce la existencia del Diario, ni aun el suizo, que lo admite, son tan consecuentes como nuestra Ley Hipotecaria con el principio de prioridad» (213). Se entiende que así sea: Siendo posible en nuestro Derecho la existencia de derechos extra-registrales, y adoptado en él como criterio único de jerarquización entre los derechos inscritos el de prioridad y avance de rango, no queda más remedio que dar a la constatación del ingreso en el Registro un relieve más destacado, en lo sustantivo y en lo formal, que el que se le dispensa en los sistemas germánicos. Pero es que incluso en comparación con la del sistema francés, nuestra plasmación de la prioridad registral resulta ventajosa. Y se entiende también que así ocurra: Si, como se dice, en la publicidad francesa la prioridad es *todo*, con ello mismo se está diciendo que la prioridad es el *solo* efecto de la publicidad; de una publicidad negativa o preclusiva, que se limita a inmunizar respecto de la anterior transmisión no inscrita del mismo *auctor*, pero que ni garantiza la titularidad de éste, ni, por tanto, asegura al adquirente que inscribe. El resultado de ello será que en Francia la prioridad se concreta en la simple

(211) La expresión es, de nuevo, de NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 155: «En el sistema alemán del BGB, como no hay prioridad, sino *intra tabulas*, porque el Registro es necesariamente íntegro —lo no inscrito no existe—, el rango absorbe todo el principio de prioridad».

(212) Para todo ello, *cfr.* NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* pp. 156; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas Hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ... I, *cit.* pp. 113-116; ID.: *Código Civil suizo*, *Ib.* pp. 163-164; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 17) pp. 48-65.

(213) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de prioridad*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 443, nota 4.

constatación de la fecha —ni siquiera la hora (214)— del depósito en el Registro, sin el complemento del cierre registral, al seguir su Registro el sistema del folio personal, y sin que entre el depósito y la inscripción haya necesidad de calificación registral. En nuestro Derecho, en cambio, donde la inscripción va a producir, en tanto que apariencia jurídica, los efectos positivos de la legitimación y la fe pública registral, a la presentación habrá de seguir la calificación registral, y ésta, en combinación con el folio real, podrá llevar, en razón de la prioridad, al cierre registral. Es así cómo el asiento de presentación cobra todo su sentido y relieve (215), y cómo la prioridad desemboca en esa forma de preclusión procesal, sin paralelo en Francia (216), que es el cierre registral. Por otra parte, y yendo al fondo, la prioridad española, en conexión con el efecto de la publicidad en nuestro Derecho, ofrece a quien primero inscribe ventajas muy superiores a las de la francesa. Si en Francia quien primero inscribe no queda asegurado sino frente a anteriores adquirentes no inscritos de su mismo *causam dans*, en España quien se beneficia de la prioridad dentro del ámbito de la fe pública registral, esto es: quien primero inscribe habiendo adquirido en las condiciones del art. 34 LH (217), queda asegurado inmediatamente y *erga omnes*; incluso fuera de ese ámbito, la inscripción del inmatriculante ge-

(214) Para ello, *vid.* MAZEAUD: *op. et loc. ant. cit.*

(215) *Cfr.* DE CASSO: *op. cit.* pp. 549-550: «La necesidad del asiento de presentación es una consecuencia de tener que coordinar los presupuestos de prioridad y legalidad. Si, de una parte, se da preferencia al que *primero inscriba*, y, de otra, no se puede inscribir sino *después de calificar* —lo que requiere tiempo para el estudio del título presentado—, es preciso extender un breve asiento de duración determinada, que, garantizando al particular su *ius prior tempore*, dé al Registrador un *plazo* para calificar e inscribir, suspender o denegar, *retro trayéndose* los efectos de la inscripción, en su caso, a la fecha de aquel» (subs. del a.).

(216) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* p. 754: «Conforme al sistema francés es posible, y aun obligado, registrar, a propósito de una misma finca, una doble serie de transmisiones. Está, pues, ausente del sistema francés el principio de prioridad como incompatibilidad formal, sin perjuicio de la transcendencia sustantiva que tenga la prioridad, y que veremos más adelante. Esta ausencia es consecuencia de no admitir el principio de exactitud registral ni el de legalidad. El que conste inscrito un título no significa por sí solo nada respecto a la posible validez de otro que llega después al Registro y que sea incompatible con el primeramente inscrito».

(217) *Cfr.* VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema ..., cit.* p. 305: «El principio de fe pública registral por sí solo no es bastante para obtener la adquisición absoluta, pues puede suceder que este principio haya servido de causa de adquisición a dos adquirentes: el primero fundado en el Registro se decidió a adquirir y celebra el contrato, pero luego no inscribió su título, por ignorancia, por mal consejo o por tacañería; no tuvo interés en asegurar contra todos su adquisición; no fue diligente administrador de sus intereses, y por ello dió lugar a que otro posteriormente, también en virtud de la fe pública registral, se decidiese a adquirir, celebrando la adquisición y presentando el título a inscribir, haciendo uso del principio de prioridad, y así aseguró contra todos su derecho. Es decir, que los dos adquirentes en este supuesto hicieron uso de la causa remota registral, pero sólo uno hizo uso de la causa próxima hipotecaria, que es la que corona la adquisición absoluta».

nera, en favor del mismo, los efectos normales de la legitimación o presunción de exactitud registral y, respecto a los terceros que de él puedan traer causa, los efectos de la fe pública registral, que sólo se suspenden en el plazo de dos años cuando el procedimiento seguido en la inmatriculación no es el que ofrece plenitud de garantías (art. 207 LH).

Claro está que esta posibilidad de entrecruzamiento de la prioridad registral con los principios configuradores de los efectos de la publicidad en nuestro Derecho, puede plantear dificultades a la hora de tener que diferenciarla con nitidez y, en función de su propio fundamento, marcar los límites de sus efectos. Sólo una referencia a cada uno de los puntos indicados.

Llevado el principio de prioridad a un Registro organizado sobre la base del folio real, cabría la posibilidad de confundir su concreción en el cierre registral (art. 17 LH) con la exigencia del tracto sucesivo (art. 20 LH) (218). De hecho, en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA al artículo 17 de la Ley Hipotecaria se contienen razonamientos que suponen tal confusión:

«Cuando el primer adquirente [dice] acude a inscribir ya no es el que le transmitió la cosa o el derecho quien aparece en el Registro como dueño o con la facultad de hacer la transmisión [...] si debe denegarse la inscripción cuando no consta que el enejanante es dueño o que tiene facultad de disponer de lo que cede o grava, no hay motivo ninguno para exceptuar de esta regla al que habiendo tenido antes el derecho, lo perdió, y por lo tanto no puede disponer de la cosa» (219).

Evidencian estas palabras hasta qué punto es cierto que los autores de nuestra Ley Hipotecaria, no obstante servirse con frecuencia de una nomenclatura de clara resonancia francesa, conciben un Registro y una forma de publicidad que tienen muy poco que ver con el modelo de la Ley francesa de Transcripción; y ello advertido como observación general, no hay más que concretarlo al punto ahora propuesto para apreciar cómo en la aplicación de un principio tan latino como el de prioridad, se da en nuestro Derecho el paso adelante que supone la instauración del cierre registral, y en su explicación, por lo que tal paso supone en cuanto a la concepción del Registro y a la organización material de la publicidad, se recurre ya a razones que nada tienen que ver con la idea originaria de la prioridad francesa. De todas formas, la dis-

(218) Cfr., e.c., VILLARES: *op. cit.* pp. 297-298, para quien el principio de prioridad está implícito en el art. 20 LH.

(219) *Op cit.* p. 526.

tinción entre cierre y tracto no es difícil y está hoy pacíficamente recuperada, justamente sobre la base de devolver el cierre al ámbito originario y al espíritu propio de la prioridad: el acto incompatible excluido por el cierre tiene que ser anterior al inscrito y ha de estar otorgado por el mismo *auctor* del que trae causa el nuevo titular ya inscrito; no siendo así, la exclusión procederá no en razón del cierre sino por exigencia del tracto sucesivo (220).

Algo de confusión también se advierte en cuanto a la fundamentación del principio de prioridad. La intensidad de la fe pública registral lleva aquí a un cierto efecto de deslumbramiento por consecuencia del cual, todo lo que no sea ella queda condenado a esa zona de oscuridad donde nada presenta perfiles propios. Tan extendida está la tesis de que la prioridad es una manifestación de la fe pública (221), que GARCÍA GARCÍA la incluye entre los «tópicos» doctrinales a combatir (222). Y lo curioso es que, al igual que antes ocurría a propósito de las relaciones entre cierre y tracto, también en este punto DE LA SERNA se deja deslizar hasta la confusión. Efectivamente, mientras en el comentario al artículo 28 (actual 24), y tomándolo de LUZURIAGA, da a la prioridad su propio fundamento (223), páginas antes, comentando los

(220) Cfr. COSSÍO: *op. cit.* p. 171; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), p. 134, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 55-56; NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 161.

(221) Vid. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 55: «La consideración del art. 17 como una norma en que se formula el principio de prioridad no es, a mi juicio, exacta. Siendo este principio una derivación de la fe pública registral, es indudable que el art. 17, manifestación formal de ésta, puede tener alguna relación con él; mas sólo utilizando la palabra prioridad en un sentido amplio y, por tanto, impropio puede admitirse este punto de vista».

(222) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 574: «Otro de los tópicos, patrocinado singularmente por la tesis monista del tercero hipotecario, es más que relacionar, fundir el principio de prioridad con el de fe pública registral...».

(223) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 590-591: «El comentarador del proyecto de Código Civil en la parte referente a la disposición que acabamos de transcribir dice, que su objeto es «evitar toda sorpresa o fraude por parte del que, teniendo un derecho posterior, se quisiera adelantar a otro que lo hubiese adquirido primero: de este modo no podrán cometerse abusos contra el hombre diligente y en esto se fundan las leyes que nos han servido de guía en esta parte. Tales como la de Ginebra, art. 245».

Razón tiene el ilustre jurisconsulto: a no establecer la Ley esta disposición, la inscripción debería producir sus efectos solamente desde el día y momento en que se hiciese: el que hubiera acudido a inscribir sin perder tiempo, tal vez el mismo día en que adquirió el derecho que llevó al Registro, podría ser postpuesto al que habiendo obtenido, aunque con posterioridad, otro título, lo llevase también después que el primero hubiera presentado el suyo: la amistad del registrador, o de alguno de sus dependientes, manejos de índole reprobada, descuidos lamentables, pero no tan raros como convendría, podrían así trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad y en los demás derechos en la cosa inmueble, todo lo que cedería en evidente descrédito de la ley que por su falta de previsión diera lugar a tales abusos».

artículos 25 y 26 (224), involucra abiertamente en su fundamentación consideraciones que pertenecen al campo de la fe pública registral:

«Consecuencia necesaria de esto es que no surta efecto contra el que no intervino en el acto o contrato hasta el tiempo mismo en que se inscriba. De otro modo se quebrantaría el principio de publicidad, que es la base fundamental de la Ley Hipotecaria, y a pesar de toda la diligencia que empleara el adquirente, o aquel que constituyera a su favor un derecho real, podría ser defraudado por la mala fe del que apareciera como dueño en el Registro. Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo las garantías de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dió lugar al segundo contrato» (225).

No creemos que la fe pública registral pueda constituir la razón o el fundamento de la prioridad. Tampoco la alternativa hoy propuesta por GARCÍA GARCÍA: el valor perfeccionador de la inscripción respecto a terceros, concretado en la «formación o eficacia plena del derecho real», en el «nacimiento efectivo y total del derecho real» (226). Lo segundo, porque supone diluir el fundamento de la prioridad en algo que pertenecería más bien al principio de inscripción, en la medida en que éste quiera adaptarse a nuestro Derecho. Lo primero, porque fe pública registral y prioridad poco o nada tienen en común ni por su origen ni por su contenido. No queremos pasar por alto que las Resoluciones, ya varias veces citadas, de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, haciendo valer el derecho del embargante contra otros anteriores no inscritos al tiempo de practicarse la anotación, afirman tajantemente la autonomía del principio de prioridad y su independencia respecto al de fe pública registral (227). El que inscribe primero obtiene el favor de la ley

(224) Decían así:

Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto a tercero, sino desde la fecha de la inscripción.

Art. 26. Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de una misma fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos.

(225) *Op cit.* p. 579

(226) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 569.

(227) «Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección de la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquel no reúna los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria».

porque la ley, en su lucha contra la clandestinidad, está interesada en la publicación de los derechos reales, y esa misma ley considera producida la inscripción desde la fecha del asiento de presentación para evitar las maniobras a que aludía LUZURIAGA y que explicaba con más detalle DE LA SERNA: los «manejos de índole reprobada» o los «descuidos lamentables pero no tan raros como convendría» que, con descrédito de la Ley, podrían trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad (228).

Y del fundamento, podemos ya pasar al problema de los efectos. La preferencia resultante de la prioridad, aplicada ésta al Registro, se traduce en la preferencia de quien primero inscribe, y para fijar la fecha de la inscripción se atiende, por ficción de la ley (229), a la del asiento de presentación, hasta el cual se retrotraen los efectos derivados de la inscripción. ¿Qué efectos? La Ley es contundente: «todos los efectos que ésta [la inscripción] deba producir» (art. 29 originario y actual 24).

Si se tiene en cuenta que la inscripción desencadena en nuestro Derecho los efectos de la legitimación y de la fe pública registral ¿no resulta excesivamente amplia esta indicación del ámbito de la retroacción? ¿No podría ocurrir que se haya trasladado a nuestra Ley una expresión que, siendo absolutamente correcta en la regulación de un Registro latino o «de prioridad», no cuadraría si se la formula para un sistema de publicidad positiva? ¿No significa nada desde este punto de vista que el art. 1.524 del CC, en su letra y en su aplicación jurisprudencial, sitúe en la fecha de la inscripción el inicio del plazo de ejercicio de los retractos legales (230)?

Llevemos el problema a su punto más álgido. En el intermedio entre el asiento de presentación y la inscripción en favor del adquirente, alguien distinto a éste adquiere de buena fe de quien todavía aparece como titular en el Registro. ¿Perjudicará a este último, en razón de la retroacción de los efectos de la inscripción, la adquisición presentada al Registro pero todavía no inscrita? Que la adquisición del derecho presentado a inscripción deba perjudicarlo puede venir impuesto, efectivamente lo vendrá, por el principio de prioridad; lo que ya no está tan

(228) *Vid supra*, nota 223.

(229) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 590: «La Ley fundándose en motivos de justicia, que expondremos en este mismo comentario, introduce aquí la ficción legal de que se ha inscrito un derecho cuyo título sólo ha sido presentado en el Registro».

(230) Hace ello decir a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales, cit.* pág. 615: «Naturalmente, en cuanto instrumento de notificación, la inscripción produce sus efectos, no desde la fecha del asiento de presentación (cf. art. 24 LH), sino desde la fecha en que se practica la inscripción misma (Tribunal Supremo)». Desde el punto de vista indicado en el texto no deja de ser significativo que, tras la reforma de 25 de julio de 1989, el art. 21 del C. de c. conecte la oponibilidad general a terceros, no con la fecha de la inscripción, sino con la de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, admitiendo todavía un plazo de quince días durante los cuales puede impedirse la prueba de su desconocimiento inculpable.

claro es que ello deba ocurrir en razón de la retroacción de la inscripción solicitada; es decir: porque ésta, antes de practicarse, legitime al solicitante y le permita oponer su derecho *erga omnes*. El conflicto que la estricta prioridad resuelve es el de la colisión entre los sucesivos adquirentes de un mismo causante, y para la solución de tal problema -testigo de ello, la toda y sola prioridad francesa- en nada cuentan los efectos positivos que, a partir de ella y retroactivamente, pueda desencadenar *ad extra* la inscripción primeramente solicitada por cualquiera de ellos. Queremos decir que los efectos *ad extra* de la legitimación (231) y los de la fe pública registral (232), por no tener nada que ver con el problema que resuelve la retroacción de la inscripción, no deberían considerarse incluidos en la *ratio* del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, que, por ser aplicación del principio de prioridad, se limita a sancionar la oponibilidad del derecho presentado a *ese concreto tercero* que es el adquirente de su mismo *causam dans* que, cualquiera que sea la fecha de su adquisición, se retrasó en solicitar su inscripción. Al asiento de presentación, para su juego en un sistema de publicidad positiva sin detrimento de los demás principios informadores del mismo, le basta con ser efectivamente la «voz de alarma», como decía DE LA SERNA (233), que, traducida hoy en la nota de «pende» (art. 426 RH) (234), permite oponer, simplemente oponer, a tercero la existencia del derecho pendiente de inscripción, impidiendo su desconocimiento y, consiguientemente, la adquisición de buena fe trayendo causa de quien, aunque todavía inscrito como dueño, ha dispuesto ya de su derecho. Nos pare-

(231) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, cit. p. 78: «La legitimación registral, como hemos dicho, nace y se extingue con el asiento de inscripción. El asiento es constitutivo de la legitimación registral. Pero no cualquier asiento. No nace ni puede nacer del asiento de presentación». La idea aparece subyacente en las siguientes palabras de DE LA SERNA *op. cit.* p. 597, respondiendo a la dificultad de que el solicitante, obtenidas las ventajas de la inscripción por el asiento de presentación, dejara de proseguir hasta la inscripción de su derecho: «Después de todo, no nos parece dudoso que los que paguen el impuesto, acudirán a los registradores para convertir los asientos de presentación en inscripciones: su propio interés es el mejor aliciente que para ello tienen, porque su titulación no puede considerarse completa mientras el derecho adquirido no esté inscrito, y siempre que traten de enajenar la finca tropezarán con una dificultad que tendrán que vencer antes de que se dé por satisfecho el adquirente de la bondad de su título, no en sí mismo, sino por la falta de estar inscrito, porque la inscripción es el complemento del asiento de presentación».

(232) En sentido contrario, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 433: «Respecto del asiento de presentación, su carácter rigurosamente provisional y su falta de sustantividad propia e independiente obliga a distinguir: 1.º Si el título presentado se inscribe en definitiva, los efectos de la fe pública se producen desde la presentación (art. 24 de la Ley)....».

(233) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 597: «La Ley cumplió con su propósito: para su sistema bastaba que constara en las oficinas del Registro la presentación del título: esta era la voz de alarma que daba a los terceros adquirentes».

(234) Sobre ella, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 645-646.

ce que cuando GÓMEZ DE LA SERNA atribuía al asiento de presentación la función de dar aviso a los posibles adquirentes de la existencia de otros derechos pendientes (235), trataba a todo trance de compaginar los efectos de la prioridad con la absoluta credibilidad del Registro impuesta por la fe pública registral. En su intento trasladaba al asiento de presentación la función que es propia de la actual nota de referencia a él, practicable en el folio registral. Efectivamente, merced a ella es posible hoy armonizar la prioridad y la fe pública, y evitar que, contra lo que en Suiza se considera una fatalidad, ni siquiera en este caso pueda verse defraudada la confianza absoluta que debe provocar el Registro (236).

3.º *Principio de legitimación o presunción de exactitud del Registro.* Se dice en LACRUZ-SANCHO que, puesto nuestro legislador en el trance de tener que elegir entre los modelos registrales francés y germánico, escogió ambos a la vez, y que, acaso, no le faltó razón para ello (237). Nosotros compartimos plenamente esta afirmación. Al modelo francés pertenece el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito; también predominantemente francés es el principio de prioridad. A partir de ahora entramos en los principios propios del sistema germánico, el primero de los cuales, en esta relación adaptada a nuestro Derecho, es el llamado principio de legitimación (238).

(235) *Op. cit.* p. 601: «A estas observaciones [...] sólo diremos que la Ley no debió exigir en los asientos de presentación todas las circunstancias que en las inscripciones y anotaciones preventivas [...], y que su objeto es dar un aviso a los que quieran adquirir o constituir derechos reales sobre los inmuebles, de que hay otros pendientes, y que si no están inscritos, tienen el derecho de serlo anteponiéndose a los que en adelante puedan inscribirse. Este aviso es bastante para que los adquirentes estén apercibidos, y no se engañen si toman las medidas convenientes al efecto, examinando la escritura que resulta presentada pero no inscrita. El que desatiende esta señal de alerta que se le da, no tiene motivo para quejarse de los perjuicios que pueda ocasionarle su incuria».

(236) *Vid. SERRANO SERRANO: op. cit.* p. 50: «Tiene mucha importancia la inscripción en el Diario en el caso de que la prueba esté completa y únicamente falte el traslado al libro Mayor. En esta situación se negará la inscripción de un derecho que se base en aquel, porque todavía no ha nacido; al mismo tiempo se negará la inscripción de un derecho que le contradiga, porque estando pendiente del hecho meramente material del traslado al libro Mayor, y debiendo recibir éste la fecha del Diario, puede considerarse como ya producido a los efectos de proteger al adquirente de ese derecho.

En este sentido la Exp. de Mot. dice: el Registro principal es así despojado de una débil parte de la confianza absoluta que debería inspirar, pues los derechos llevados al Diario podrán no estar todavía inscritos y los que no quieren correr ningún riesgo tendrán cuidado de consultar, además del Registro principal, el estado de las peticiones de inscripción más recientes. Pero estos riesgos por medio de la Ordenanza reducidos a un *minimum* ..., de ordinario no pasarán más de dos o tres días hasta que la inscripción principal sea operada».

(237) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) p. 163.

(238) Su concepto, en palabras de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, p. 540, podría formularse diciendo que es el principio en virtud del cual «los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico y en el proceso como tal titular».

El principio de legitimación es, en nuestro concepto, un principio en tránsito, que, en su imparable fluir hacia el de fe pública registral se remansa en una serie de consecuencias más tenues, en las que, en definitiva, vendrá a quedar reducido su contenido privativo.

Tan en tránsito hacia la fe pública registral, que en Alemania se le considera, más que en simple relación con ella, como integrando con la misma los dos aspectos complementarios del principio de publicidad (239). En nuestra doctrina no son ajenos a este planteamiento, e.c., CAMPUZANO (240), JERÓNIMO GONZÁLEZ (241), y LACRUZ-SANCHO (242). Es que, aun cuando reconociéndosele un contenido más amplio, se sustancia el principio de legitimación -de ahí su nombre- en la legitimación dispositiva que, en razón de la inscripción, adviene al titular inscrito; pero si, bien observadas las cosas, resulta que tal legitimación no es consistente en sí misma, sino que constituye un mero reflejo de la protección otorgada por el sistema al tercero adquirente de buena fe (243), entonces, desembocada

Amplía algo la definición en p. 673: «*aquel principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina*».

En el BGB lo formula el § 891:

«Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe.

En el ZGB suizo, el art. 937 I:

«Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitze nur für denjenigen, der eingetragen ist.

(239) Cfr. STAUDINGER-HEINZ, ad § 891 Rz 1: «Die widerlegliche Rechtszustandsvermutung des § 891 BGB und der öffentliche Glaube des Grundbuchs stehen aber —entgegen FÜCHS Anm 1— nicht nur in einem losen Zusammenhang; sie bilden vielmehr einander ergänzende Teilaspekte des Publizitätsprinzips im Liegenschaftsrecht».

(240) CAMPUZANO: *op. cit.* p. 60: «Teóricamente, en el primero de dichos aspectos se manifiesta [el principio de publicidad] de un lado como *principio legitimador de los derechos inscritos*, y de otro lado como *manifestación de la fe pública del Registro*» (sub. del a.).

(241) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios ...», *cit.* p. 377: «Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides pública*».

(242) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 51 «El llamado «principio de publicidad», por antonomasia, se refiere a los efectos de la inscripción, y tradicionalmente se viene descomponiendo a su vez por la doctrina en dos otros principios: uno, de *legitimación*, que afirma, en beneficio del titular inscrito, la exactitud del Registro salvo prueba en contrario; y otro, el de *fe pública* o de publicidad en sentido estricto, en favor del adquirente de buena fe. [...] Estudiemos, por tanto, en particular, estas derivaciones del principio de publicidad».

(243) Puede verse en el mismo JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Derecho Inmobiliario ...*, «Estudios ...», *cit.* p. 26: «Paulatinamente, va poniendo el Derecho Hipotecario de relieve el principio de la legitimación. Legitimación, diremos traduciendo libremente a Sohm, no equivale a facultad de disponer, pero la suple en el comercio. Produce la validez del acto dispositivo del *no-titular*: con cargo al verdadero titular, y a favor del adquirente de buena fe».

la legitimación en la fe pública registral y confundida con ella, no queda más remedio, si quiere salvarse la autonomía del principio que lleva su nombre, que bautizarle de nuevo, denominándolo ahora por su contenido como principio de presunción de exactitud del Registro.

Efectivamente, la llamada legitimación registral, según acabamos de avanzar, carece de consistencia propia, y demostrarlo no es tarea difícil a la altura de nuestros días, cuando el proceso que llevó a su consagración como realidad *a se stans* ha sido ya suficientemente desmontado por la mejor doctrina extranjera y patria (244). Simplificando mucho las cosas, pero respetando en su esencia el fenómeno que aquí interesa aclarar, puede decirse que el recurso a la legitimación responde a la necesidad de explicar, desde las categorías conceptuales al uso, el extraño suceso de la adquisición *a non domino*. ¿Cómo puede transmitir la propiedad quien no dispone de la misma? La legitimación, en concreto la extraordinaria o aparente (245), como peculiar fuente de poder dispositivo o como categoría alternativa que lo sustituye, será el nuevo concepto que venga a explicar esta suerte de paradójica transmisión, al mismo tiempo derivativa, según se la concibe, y *a non domino*. La intervención del Registro en esta secuencia, y la coloración en ella de la legitimación como legitimación registral, se ve de inmediato: el Registro es el instrumento que, haciendo aparecer al titular registral como dueño, le legitima extraordinaria o aparentemente, dotándole, según distintas formas de explicarlo, o bien de un poder dispositivo independiente de la titularidad y autónomo (246), o bien supliendo eficazmente a éste, sustituyéndolo por la legitimación para disponer resultante de su situación de titularidad aparente (247). El intento explicativo, en

(244) Nos remitimos en este punto a cuanto sobre el mismo y en general dejamos dicho en *La representación aparente*, cit. p. 350-356, bajo el epígrafe: «Protección del tercero de buena fe y legitimación».

(245) Para el concepto de legitimación y sus distintas formas, en imprescindible en nuestra doctrina la referencia a la obra de LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona 1952.

(246) Así, en la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 496-497: IV. *Le pouvoir formel de disposer attaché à l'inscription*. Il ressort de l'art. 965 al. 2 que la personne désignée par le registre foncier comme titulaire du droit a le pouvoir d'en disposer. Cela vaut avant tout pour le propriétaire. Il s'agit du pouvoir formel de disposer [...], qui appartient aussi à la personne qui n'est en réalité pas propriétaire. ...». En la nuestra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.* p. 582: «Los asientos constituyen un título de legitimación, es decir, un signo suficiente que habilita al sujeto, respecto de todos, como titular de los derechos reales en la forma que manifiesta el Registro (aunque pueda no ser titular, o no tener los derechos el alcance que el Registro manifiesta)».

(247) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario*, cit. p. 26: «Legitimación, diremos traduciendo libremente a Sohm, no equivale a facultad de disponer, pero la suple en el comercio». *Id.*: *Principio de publicidad*, cit. p. 377: «Como principio legitimador [el principio de publicidad], derivado directamente de la *Gewere* o investidura germánica, reemplaza a la misma propiedad con su forma jurídica, y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *juris tantum* suficiente para la vida práctica».

realidad, era innecesario y, en todo caso, resulta artificioso y vacuo. Innecesario, porque, como a principios de siglo explicaba REGELSBERGER, parte del infundado supuesto de que toda adquisición tiene que explicarse según el funcionamiento de la adquisición derivativa, en la que el poder de disposición del transmitente es requisito indispensable de eficacia (248), cuando, en realidad, la adquisición a *non domino* responde a un mecanismo completamente diferente, cuyo impulso arranca, no de las facultades del disponente sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente. Artificioso y vacuo, porque mediante lo que no es más que un simple juego de palabras, intenta fundamentar en la pura apariencia la realidad de una legitimación que, además de apoyada en la nada, en seguida se revela como absolutamente evanescente. ¿Puede considerarse como real, podríamos preguntarnos con el mismo REGELSBERGER, una legitimación que se derrite ante la mala fe del adquirente como la manteca puesta al sol (249), o que, según observa VALLET DE GOYTISOLO, se detiene y desaparece ante los actos a título gratuito (250)? Hay que insistir: tratándose de la adquisición a *non domino* desencadenada por la apariencia registral de titularidad, no es necesario el poder dispositivo de transmitente ni cosa alguna que venga a sustituirlo. La eficacia de la adquisición resulta *ex lege*, fundada en la protección del adquirente (251); es la buena fe de

(248) REGELSBERGER: *Der sogenannte Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten*, «Iherings Jahrb. 1904, p. 362: «Bei unbefangener Betrachtung des Sachverhalts kann man sich fast wundern, daß die Legitimationstheorie aufkommen und solche Verbreitung finden konnte. Die Erklärung liegt in der Gewöhnung unserer Vorstellung, die sich am regelrechten Erwerb aus Veräußerung gebildet hat. Hier ist die rechtliche Verfügungsmacht des Veräußerers ein unentbehrliches Element des Tatbestandes, um nicht zu sagen die *causa efficiens* des Rechtserwerbs. Daher die Vorstellung, daß diese wirkende Kraft bei keinem Erwerbsvorgang entbehrlich sei, für den ein Veräußerungsakt ein Tatbestandselement bildet. Die psychologische Notwendigkeit wird als logische gedacht. Macht man sich von dieser vorgesaßten Meinung frei, so fällt die versuchung weg, in den Tatbestand des außerordentlichen Erwerbs etwas hineinzutragen. was nicht geboten ist».

(249) REGELSBERGER: *op. cit.* p. 363: «¿Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne?». Coincide con este planteamiento FALZEA, Angelo: *Apparenza*, «Enciclopedia del Diritto II, Milano 1968, pp. 691-692.

(250) VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública*, «Estudios sobre derechos de cosas» I, Madrid 1985, p. 431: «Pero no tiene [el titular inscrito] ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémonos en que no surten efecto sus enajenaciones a título gratuito ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe».

(251) *Cf.* REGELSBERGER: *op. cit.* p. 355: «Der Eigentumserwerb vom Berechtigten ist daher vom Eigentumserwerb durch Vermittelung des Nichtberechtigten dem Wesen nach verschieden. Dort wird Eigentum erworben, weil mit dem Recht des Veräußerers die rechtliche Macht verbunden ist, sein Recht durch geeignete Geschäfte auf andere zu übertragen. Hier wird Eigentum erworben, weil der Erwerber durch die

éste —como la fe del Centurión en Cristo, dice VALLET DE GOYTISOLO (252)— la que opera el milagro y salva la validez de su adquisición, sin que sea necesario que tal salvación alcance a la disposición de quien no era dueño. Pero entonces, dado está, la supuesta legitimación registral, al exigir los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, se ha vaciado en el principio de fe pública registral. Ni poder dispositivo, pues, nacido de la publicidad registral, ni legitimación real fundada en la inscripción: la llamada legitimación registral, tal como se la ve en el acto dispositivo del titular según Registro, no es más que una simple apariencia de legitimación cuya virtualidad consiste en poner en juego la buena fe del tercero adquirente. He aquí por qué decíamos antes que, bajo este aspecto, el principio de legitimación fluye imparablemente

Umstände über die mangelnde Berechtigung des Erwerbers getäuscht würde und gegen die Folgen der Täuschung in Schutz genommen wird Die vorschlagende Erwerbsursache liegt dort in der Person des Veräußerers, hier in der Person des Erwerbers»; págs. 361-362: «... Was liegt vor? Das Positive Recht verfügt: wenn gewisse gesetzlich bestimmte Umstände vorhanden sind, die in dem Erwerber das gerechtfertigte Vertrauen begründen, daß der Veräußerer Eigentümer der Sache (oder sonst verfügungsberechtigt) sei, so soll der angestrebte Rechtserwerb eintreten, trotzdem daß das regelmäßige Erfordernis für den Erwerb aus einer Veräußerung, die Verfügungsmacht des Veräußerers, fehlt. Die Rechtsmacht des Verfügenden ist aus diesem Erwerbstatbestand ausgeschaltet. Aber die Annahme des Erwerbers, der Veräußerer sei Eigentümer, muß eine triftige Grundlagen haben, und diese wird regelmäßig in dem Umstand gefunden, daß der Veräußerer die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat und dem Erwerber zu übergeben vermag. Dazu genügt nicht einmal der minelbare Besitz des Veräußerers für sich (§ 933 mit § 934 Satz 1). Andererseits kann das Vertrauen in das Eigentumsrecht des Veräußerers berechtigt sein, ohne daß dieser die Sache besitzt oder besaß (§ 934 Satz 2). Beides ist bezeichnend: dort versagt der Besitz als Legitimation, hier ist er nicht erforderlich». En nuestra doctrina, NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, cit. pág. 73: «La legitimación por la apariencia, por el contrario, tiene su centro de gravedad en la protección de la buena fe del adquirente, que ha confiado en determinadas situaciones (posesión de bienes muebles) o en ciertas formas públicas (documentos auténticos, registros, etc.) y que por lo mismo la ley le protege en su adquisición. No es que se proteja la apariencia, sino las consecuencias jurídicas causadas por haberse confiado el tercero en tal apariencia. En este terreno es donde se da el fenómeno de la adquisición *a non domino*. La diferencia es grande con la legitimación para disponer, porque en ésta el acto de disposición es eficaz y lícito, al paso que la enajenación por el titular aparente es siempre ilícita, en sí misma ineficaz y revocable antes de que llegue el tercero de buena fe. Sólo en manos de éste y por éste, se hace irrevocable. Se protege su buena fe, su confianza en las formas auténticas, en los lugares públicos de contratación (Bolsas, mercados, tiendas) o en la posesión de los bienes muebles. No se confía en la robusta salud del transmitente —puede tener taras hereditarias ocultas—, sino en los propios méritos espirituales del adquirente, en la protección de su presunta y beatífica inocencia».

hacia el de fe pública registral, terminando por perder en él su propia autonomía (253).

Siendo todo lo anterior al modo dicho, resulta claro que al principio de legitimación no queda más posibilidad de contenido propio que aquellas otras manifestaciones donde sus consecuencias, «bajando de categoría», como diría Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (254), o perdiendo ímpetu en su corriente hacia la fe pública registral, se remansan en la que LACRUZ-SANCHO denominan la «eficacia defensiva de la inscripción» (255), concretada en la presunción de exactitud registral. Aunque el Registro diste mucho de poder ser infalible, la forma de su organización y los requisitos y controles impuestos a la registración permiten considerarlo «tendencialmente exacto» (256). Ello basta para que, como dice el art. 38 de la Ley Hipotecaria, a todos los efectos legales pueda presumirse que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Es, como se sabe, una presunción *juris tantum* (art. I III LH) en razón de la cual, el titular registral, exonerado en cuanto tal de la carga de la prueba (257), puede hacer valer su derecho en el tráfico y en el proceso.

(253) Explica ello el corrimiento que a veces se observa en la doctrina desde la exposición del principio de legitimación hacia el núcleo mismo de la fe pública registral. *Vid.* en tal sentido, DE CASSO: *op. cit.* p. 156: «b) Los sistemas de inscripción *constitutiva, conjugada con la norma de la buena fe* (Alemania, Suiza), sólo atribuye a la legitimación registral fuerza de presunción *juris tantum*: Mientras no se demuestra otra cosa, *declarada por los Tribunales*, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro. Mas, aun en este caso, si el *titular* del derecho inscrito, que fuere declarado inexistente o ilegítimo, resultara ser un «tercero» registral, por haberlo adquirido de quien, a su vez, lo *tenía inscrito como válido*, y sin que el adquirente *conociera o debiera conocer* la inexactitud registral, entonces la presunción de prevalencia del Registro sobre la realidad, quedaría también *definitiva*, con eficacia indestructible (*juris et de jure*)» (subs. del a.); p. 162: «Así, aun cuando este tercero en realidad es un titular «aparente», por haber adquirido *a non domino*, o sea, de quien realmente carecía del derecho que le transmitió, seguirá siendo considerado como tal propietario de la cosa o titular del derecho transmitido por virtud de la fuerza legitimadora de la inscripción. Y por ello se ve, que, en este punto, quiebra el principio de derecho o aforismo jurídico-civil: *Nemo dat quod non habet*. Y también se observa que el alcance del presupuesto de legitimación en nuestro sistema registral es el mismo del Derecho alemán moderno, en cuanto al *tercero*» (subs. del a.).

(254) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios ... «Estudios ...» I, cit.* p. 107: «La presunción de que el contenido de los libros hipotecarios es exacto e íntegro, baja de categoría sin desvanecerse cuando es alegada en apoyo de relaciones jurídicas no derivadas del carácter de tercero adquirente».

(255) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 137.

(256) La expresión es de LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*

(257) «El titular según el Registro —se dice en la Exposición de Motivos de 1944— gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarlo de la carga de la prueba». En la doctrina alemana, *vid.* STAUDINGER-HEINZ, ad § 891 Rz 1: «Das BGB hat deshalb anstelle jenes Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung in § 891 Abs

Así indicado en su núcleo el contenido del principio de legitimación, en tanto que presunción de exactitud registral, no es necesario adentrarse en la particularidad de sus manifestaciones, sobre todo procesales, ni siquiera en la debatida cuestión de si, con la de exactitud, coexiste una presunción de integridad del Registro (258), para comprobar

I cine widerlegliche Vermutung für die materielle Richtigkeit des eingetragenen Rechtszustandes und in Abs 2 für das Nichtbestehen eines gelöschten Rechts geschaffen. Darin liegt eine Regelung der materiellen Beweislast. Im Zivilprozeß kommt diese der Partei zugute, die Anlaß hat, das Bestehen eines eingetragenen oder das Nichtbestehen eines gelöschten Rechtes zu behaupten. Beweisbelastet ist dann der Prozeßgegner, der den Inhalt des Grundbuchs nicht als richtig gelten lassen will»; en la suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 490-491: «Comme les présomptions légales des art. 930 et 931, celle de l'art. 937 est la présomption d'un droit, à savoir du droit réel inscrit. Elle a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve. Le fait-prémisse (*factum probans*) réside dans l'inscription régulière. Celle-ci fait conjecturer le droit allégué (*factum probandum*). Mais le preuve du contraire est ouverte à la partie contre laquelle la présomption est invoquée. On a là un cas d'application de l'art. 9 selon lequel «les registres publics ... font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée»; en la nuestra, por todos, DíEZ-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* pp. 357-358: «En cuanto presunción, es de carácter *juris tantum*. Lo cual quiere decir que produce una inversión de la carga de la prueba y que permite la prueba en contrario. El titular registral queda protegido al exonerarse de la necesidad de asumir la carga de la prueba. Tendrán que ser quienes impugnen la situación del titular registral, considerando inexacto el Registro, los que soporten la necesidad de probarlo».

(258) La Exposición de Motivos de 1944 lo afirma expresamente al decir: «El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario». Doctrinalmente, en esta línea, e.c., PEÑA: *op. cit.* p. 583: «El Registro, en cuanto a la finca inmatriculada, no sólo goza de la presunción de exactitud, sino también de la presunción de integridad (no ha habido modificación de la realidad jurídica puesto que no consta en el Registro)», y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 682-683. En sentido contrario, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 141. Probablemente, la posición más acertada en este punto es la que distingue, admitiendo la presunción de integridad en el ámbito de la fe pública registral y excluyéndola en el de la simple presunción *juris tantum* de exactitud. Así, e.c., JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien, mientras hablando del principio de publicidad a propósito de *la fides publica* mantiene la existencia de una presunción —en tal caso *juris et de jure*— de integridad, coexistente con la de exactitud, al ocuparse de los efectos menores de la legitimación registral o presunción de exactitud, niega el posible fundamento de esa otra presunción de integridad. En efecto, en *Principio de publicidad*, «Estudios», *cit.* pág. 384, afirma: «Enfocado el principio de publicidad desde este punto de vista sustantivo o sustancial, presenta dos aspectos, positivo y negativo, según afirma la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es *exacto* por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota. Lo inscrito es real, y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter» (subs. del a.). En cambio, en *Sistemas hipotecarios ...* «Estudios...», *cit.* págs. 107-108, tras haber afirmado que «La presunción de que el contenido de los libros hipotecarios es *exacto* e *íntegro* (el sub. es ahora n.) baja de categoría sin desvanecerse...», en la nota 9 dice: «No puede deducirse de los términos de la Ley una presunción general de que el derecho no registrado (por ejemplo, una servidumbre) no existe en realidad...»; CAMPUZANO: *op. cit.* p. 61: «El principio de publicidad como causa de

cuán distintas son las cosas en esta peculiar manifestación del principio de legitimación, respecto de lo que antes veíamos a propósito de la actuación dispositiva del titular inscrito. La distinta *ratio* de una y otra se traduce en la diferencia de sus respectivos presupuestos, requisitos y consecuencias. Mientras la apariencia de legitimación registral responde a la necesidad de proteger a quien de buena fe adquiere de titular inscrito, la presunción de exactitud favorece a quien inscribe, con independencia de las circunstancias de su adquisición (259); mientras la legitimación registral aparente actúa en neta protección del adquirente, la presunción de exactitud señala al dueño o titular tanto para lo favo-

legitimación, no es bastante para asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, puesto que la presunción en que se apoya puede ser destruida. De aquí la necesidad de considerarle, además, como expresión de la *Fides publica*. En este sentido, el Registro establece respecto a tercero una presunción *juris et de jure* o una *ficción jurídica*, con arreglo a la cual existe una concordancia entre la inscripción y la realidad. Tal concordancia la exterioriza el Registro con fuerza legal en una forma positiva y en una forma negativa. Positivamente, la fe pública vale tanto como que el Registro es exacto, es decir, que lo que en él consta es cierto y existe. Negativamente, quiere decir que el Registro es íntegro, o lo que es lo mismo, que fuera de él no hay nada que interese al tercero, esto es, que *agota* la realidad jurídica» (subs. del a.); SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pág. 374: «Así como [...] no cabe en nuestro sistema deducir al amparo del principio de legitimación una presunción *juris tantum* de que lo no inscrito no existe, la fe pública registral se extiende también a este extremo y asegura al adquirente la inexistencia de títulos o de causas de limitación del derecho del transferente que no estén inscritos en el Registro». Incluso puede apoyarse esta idea en la misma Exposición de Motivos de 1944, al decir ésta que «la ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra sólo puede ser mantenida hasta donde la exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». Tendríamos, entonces, que, aunque en general no pueda hablarse de una presunción de integridad del Registro —menos en un sistema, como el nuestro, de inscripción voluntaria— para el tercero que adquiere de titular inscrito, la inscripción del derecho que va a adquirirse se finge exacta e íntegra. Desde luego es claro que en el ámbito de la fe pública registral y respecto al tercero por ella protegido, lo no inscrito no existe; ahí, más que mera presunción, incluso *juris et de jure*, lo que hay es una verdadera ficción legal de inexistencia, consecuencia necesaria, quizá mejor que complemento, de la de exactitud del Registro. Ahora bien, en el terreno donde la exactitud se presume sólo *juris tantum* no se alcanza a ver cuál sería la virtualidad propia de una presunción de integridad con igual carácter. Sin necesidad de ella, la alegación de un derecho no inscrito exige su prueba. ¿Qué puede aportar sobre tal situación la existencia de una presunción de no existencia que admita prueba en contrario? Creemos, por otra parte, que no puede argumentarse en favor de la presunción general de integridad sobre la base del art. 97 LH: la cancelación no es el silencio registral; si sobre su base se puede presumir la extinción del derecho al que el asiento cancelado se refería, es porque la cancelación, como nuevo asiento de contenido negativo, se presume exacta.

(259) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.* p. 74: «La legitimación *nace* con el asiento, y no precisa más que el asiento. Este es un hecho diferencial con el tercero protegido por la fe pública. La fuerza del tercero del art. 34 se funda en su propia ignorancia. El legitimado, por el contrario, no necesita de buena fe inicial. La buena fe del adquirente se refiere a la *scientia* o ignorancia del vicio del asiento anterior transmitente, pero no al vicio del propio. El legitimado del art. 38 puede actuar activa y pasivamente incluso a sabiendas de que su transmitente no era titular real. Esto no modifica su legitimación en nada».

orable como para lo adverso o gravoso; mientras la apariencia de legitimación registral se consolida para el tercero adquirente en una presunción irrefragable (*juris et de jure, fictio juris*), la presunción de exactitud se queda en presunción sólo *juris tantum* (260). Tan distintas son en su orientación y *ratio* la legitimación registral, en su núcleo duro, y la presunción de exactitud, que en razón de esta última la Exposición de Motivos de 1944 consideraba inapropiada para nuestra Ley Hipotecaria la denominación de *ley de o para terceros* (261). Interesa tenerlo en cuenta en el tratamiento del principio de legitimación si quiere evitarse el deslucimiento desde el mismo hacia el de fe pública registral. Es lo que a continuación vamos a intentar al referirnos, ya en tono conclusivo, a la *ultima ratio*, a la cimentación registral y a la formulación legal del principio de legitimación.

Por lo que hace al fundamento hay práctica unanimidad en la doctrina: la publicidad —en concreto, la inscripción registral— legitima en materia de inmuebles de la misma forma o en paralelo a como la posesión lo hace en materia de bienes muebles (262). Es que en el tráfico —dice NÚÑEZ LAGOS (263)— no hay tiempo para dudar: se cree, y por ello se hace necesario llegar a una entente tácita por la que, en interés de cada uno y en utilidad de todos, se considera como derecho la apariencia de derecho. Desde luego no puede dudarse que son ideas, éstas, en todo conformes con lo que fue y sigue siendo la concepción del Registro como instrumento al servicio de la seguridad del tráfico. Con todo, se impone en torno a ellas alguna precisión, porque si en el principio de legitimación se

(260) Sobre la relación y diferencias entre los principios de legitimación y de fe pública, *cfr.* SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 373-374; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* pp. 128-129.

(261) Dice la Exposición de Motivos: «No por ello se limitan a terceros los efectos de la inscripción. El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales, la modificación del art. 355 y las demás propuestas dan a la inscripción tal alcance, y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación *de o para terceros*». Con anterioridad a la reforma de los años 44-46 podía decirse con CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 64-65, que uno de los «caracteres» (principios) de la Ley Hipotecaria era «la eficacia de la inscripción sólo respecto a terceros». Sobre ello Díez-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* p. 357: «La preocupación inicial de la legislación hipotecaria fue la protección de los terceros. La primitiva Ley de 1861 pudo por ello ser calificada como una «ley de terceros». Sin embargo, pronto se vio la necesidad de reforzar la protección que el Registro debe dispensar al titular inscrito. En la reforma de 1909 se introdujo así el art. 41...».

(262) Así, *c.c.*, CAMPUZANO: *op. cit.* p. 60; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario, cit.* «Estudios...», *cit.* p. 26; COSSÍO: *op. cit.* p. 174; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 52; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 318.

(263) NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 76.

ve una manifestación del expediente jurídico de la protección de la apariencia, una de dos: o se están identificando los principios de legitimación y de fe pública registral (264), o se está laborando desde una idea excesivamente imprecisa y borrosa de lo que —como principio general de significación unitaria— es la protección de la apariencia jurídica. No es, naturalmente, que nosotros, poniéndonos en contradicción con nosotros mismos, vayamos ahora a recelar de una interpretación de la publicidad registral en clave de protección de la apariencia jurídica (265); es, simplemente, que entendemos que si no queremos relegar el principio de la protección de la apariencia al mundo de lo nebuloso, proteico y caótico, donde a veces se le pretende situar (*Rechtsschein ist alles*), necesariamente hay que proceder a una delimitación que debidamente

(264) Algo de ello parece ocurrir en COSSÍO: *op. et loc. ant. cit.*, cuando se pone en paralelo la legitimación registral con la legitimación posesoria, remitiendo al art. 464 CC. Evidentemente, el art. 464 CC no es el paralelo del 38 LH, sino del 34 (fe pública registral). El del 38 LH (principio de legitimación) es el 448 CC.

(265) Tales recelos pueden verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* págs. 675-676, quien, aunque admite que el principio de legitimación responde, ciertamente, a la necesidad de protección jurídica de la apariencia, entiende que constituiría un «tópico antihipotecario» que desnaturalizaría la institución registral, extender más allá de tal principio la idea de la protección de la apariencia, contaminando con ella todo el Derecho Hipotecario. «Si se hace ese traspaso de instituciones -dice- se produce el mayor tópico antihipotecario que pueda darse en Derecho Inmobiliario, porque entonces el Registro aparece como una institución de fantasmas y no de realidades jurídicas». No podemos compartir este planteamiento. Explicar la virtualidad de la publicidad mediante la idea de la protección de la apariencia, no creemos que equivalga a convertir el Registro en un archivo de fantasmas; significa, simplemente, dar explicación a las consecuencias que, sin base real o definitivamente comprobada en la realidad material del derecho publicado, la publicidad puede desencadenar por sí misma. Aceptando, con GARCÍA GARCÍA, que en el noventa y cinco por ciento de los casos el Registro publica la «realidad jurídica», habrá de convenirse que cuando ello ocurre ninguna de las consecuencias derivadas del ejercicio del Derecho inscrito responde a la publicidad, sino a la realidad del derecho ejercitado. El problema a explicar y los efectos a justificar son los que el Derecho sanciona en los casos estadísticamente excepcionales: los de discordancia entre la realidad del derecho y su publicidad (apariencia jurídica) registral; y en ellos, supuesta la falta de base en la realidad, nos parece que no cabe más clave explicativa que la de la protección de la apariencia. Por otra parte, nos cuesta entender cómo GARCÍA GARCÍA pretende ese confinamiento de la idea de la apariencia jurídica a los estrictos límites del principio de legitimación, cuando él mismo advierte (pág. 675) que «la protección dispensada a la apariencia es la protección «provisional» que merece la misma, en Derecho. La protección «definitiva», no corresponde al principio de legitimación, sino a otros principios (así, al principio de fe pública, al de inoponibilidad, etc.)», añadiendo —*op. cit.* II p. 231— que «la clave del art. 34 LH es la *confianza del tercero en la legitimación positiva resultante del Registro*, es decir, en la *apariencia registral*, derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento y que hace que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*» (subs. del a.).

lo circunscriba en su *ratio*, presupuestos y efectos. Con tal propósito hemos mantenido (266), y volvemos ahora a proponerlo, que en su sentido más estricto, intenso y propio, la protección de la apariencia se produce sólo cuando *en favor del tercero de buena fe* el Derecho equipara *inmediata y definitivamente* la apariencia a la realidad, resultado, éste, obviamente más intenso que el producido en torno a otras consecuencias derivadas de la apariencia jurídica (habría que hablar ahora, para diferenciarlas del efecto anterior, de protección de la apariencia jurídica *lato sensu*) donde sus efectos se producen no inmediata (usucapión; registralmente, art. 35 LH) o no definitivamente (interdictos posesorios; en lo registral, art. 41 LH) y siempre en favor del titular mismo de la situación aparente (art. 448 CC, y 38 LH). No es difícil comprobar que, así ceñida a su significación más propia, la protección de la apariencia jurídica viene a servir a la seguridad dinámica o a la llamada seguridad del tráfico: la que, en razón de sus presupuestos, garantiza al tercero de buena fe la eficacia de su adquisición; mientras que en su sentido lato se pone al servicio de la seguridad estática o seguridad de los derechos, favoreciendo al aparente dueño actual con independencia ya de las circunstancias de su adquisición (267). Teniendo esto a la vista vuelve a aparecernos claramente esa heterogeneidad de contenido que tendría que albergar el principio de legitimación si en él se amalgaman la aparente legitimación dispositiva del titular inscrito y las demás manifestaciones de la presunción de exactitud registral. En la primera —protección de la apariencia en sentido estricto—, porque el tercero adquirente y su creencia de buena fe en el Registro cuenta más que el interés del titular registral, la apariencia de legitimación de este último es sólo requisito o presupuesto instrumental para que dicho tercero pueda ser (inmediata y definitivamente) «mantenido en su adquisición». En la presunción de exactitud, por el contrario, donde lo que directamente cuenta es el interés del titular inscrito, los efectos de ella resultantes son menores, sin llegar nunca por sí solos a ser definitivos e inmediatos. Nos resistimos a pensar que efectos tan distintos y en razón de presupuestos tan dispares puedan unificarse en la *ratio* de un mismo principio. Cuadra mejor asignar al llamado principio de legitimación las manifestaciones de la presunción de exactitud, llevando la aparente legitimación del titular inscrito a ese otro principio donde la eficacia de la publicidad, como los rayos del sol a través de la lente (268),

(266) Cfr. *La representación aparente*, cit. pp. 441 ss., esp., 442 y 451-452.

(267) Que sólo en la usucapión adquieren relieve, aunque al solo efecto, en su caso, de acortar, sin suprimirlo, el plazo temporal necesario para que se produzca el efecto adquisitivo no inmediato.

(268) Tomamos la imagen de NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 68: «La pretendida sustantividad de la inscripción, de tan escaso alcance territorial, ha tomado cuerpo y vida, pero sólo, como los rayos del sol a través de una lente, concentrándose en un punto: en la protección del tercero de buena fe mediante la ficción legal de integridad de la fe pública».

se concentra en el efecto de lo que se denomina como la fe pública registral.

Distintas son las cosas en lo referente a la cimentación legal del principio de legitimación. Aquí se entiende bien que el mismo fundamento que sostiene lo más —la apariencia de legitimación dispositiva— pueda cimentar lo menos: las manifestaciones menores de la presunción de exactitud. Y se entiende bien, aparte de por la obviedad indicada de que lo que puede sostener lo más puede sostener lo menos, porque la diversidad de efectos de aquella y de éstas no deriva tanto de la solidez del fundamento de una y otra que, según decimos, es el mismo- sino de la distinta *ratio* que las anima. Podemos, pues, decir que un mismo fundamento es el que sostiene la totalidad de los efectos comúnmente atribuidos al principio de legitimación: la forma de organización de la publicidad a través del folio real y el tracto sucesivo (269), y las exigencias impuestas por el principio de legalidad: la titulación auténtica y la calificación registral (270). Sobre estas bases puede efectivamente considerarse que la inscripción registral (271), aunque no

(269) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 137: «Para alcanzar ese nivel de verosimilitud, estableció el legislador, como medio de dar perfecta visibilidad al estado jurídico de los fondos, el sistema de *folio real*, llevando a cada finca «su cuenta» por separado; además, a fin de tener cierta garantía de eficacia de cada transmisión y constitución, haciendo más probable que procedan de un verdadero titular, impuso el requisito del *tracto sucesivo*, que sólo autoriza la nueva inscripción si el transferente es el titular inscrito y se halla en situación de poder transferir ...».

(270) De nuevo, LACRUZ-SANCHO: *ib.*: «... finalmente, para tener la máxima seguridad posible de validez del título que se pretende inscribir, predispuso la *calificación* previa de éste por el Registrador, quien lo analiza en toda la medida posible; comprueba que cumple los requisitos de forma y capacidad, y, en el terreno de la eficacia, se cerciora de que llena el indicado presupuesto de tracto sucesivo. Con todo ello, si no resulta segura la titularidad manifestada por el folio una vez inscrito el cambio real, sí es altamente probable». SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 302: «De esta manera, la legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 676: «Un tercer escalón en esta búsqueda de fundamentación, lo constituye el *principio hipotecario de legalidad*. Para acceder al Registro, es decir, a la institución de la publicidad de los derechos, se precisa cumplir una serie de controles del acto jurídico. Por una parte, el requisito de la llamada titulación auténtica, que supone la autorización del documento por un funcionario público (sea el Notario, el Juez o el funcionario administrativo, según cada caso). Esto da una importante dosis de legalidad al acto. Pero es que además, el acto jurídico así formalizado, requiere que sea calificado favorablemente por el Registrador o por los órganos del recurso contra esa calificación. Esto significa que el acto jurídico en cuestión reúne, después de estos controles, *prima facie*, los requisitos de legalidad, y en consecuencia, es lógico que la ley presuma que el titular que ha accedido al Registro es el titular del derecho, y que le considere legitimado para actuar como tal. Aparece aquí la legalidad como fundamento de la protección de la apariencia, y del principio de legitimación».

(271) En tanto que asiento que ha superado el requisito de la calificación. Cfr. para ello, NÚÑEZ LAGOS, en el texto reproducido en la anterior nota 231.

infalible, es presumiblemente exacta, y, como tal, merecedora de ser creída como cierta por los terceros que de otra forma no tienen conocimiento de la realidad distinta de las cosas.

Unicidad, pues, de fundamentación legal, y, al mismo tiempo, manifestación de la peculiaridad de nuestro sistema registral, que en esta materia, sin punto alguno de contacto con el francés, tampoco se identifica con el germánico. En Francia, sin folio real ni calificación registral, no hay posibilidad de soporte alguno que sostenga la presunción de exactitud (272); en Alemania y Suiza se la pretende, en vano, «amarrar» con la artificiosidad de la inscripción constitutiva. ¡Como si esta pudiera excluir de raíz la posibilidad de inexactitudes registrales (§ 894 BGB)! Entre la postura francesa, que, postulando rigidamente los derechos de la realidad, niega a la publicidad toda virtualidad generadora de apariencia protegible, y la postura germánica, que, por asegurar a todo trance la exactitud del Registro, cierra los ojos a la realidad en tanto no se la inscriba, nuestro sistema, sin necesidad de inscripción constitutiva (273), puede, coherentemente y con sólido fundamento, distinguir entre la realidad que debe ser publicada y que, naturalmente, vale por sí misma, y la publicidad, que debe limitarse a ponerla al alcance del conocimiento de todos, pero que, cuando —todo lo excepcional o patológicamente que quiera y deba considerarse— no coincida con la realidad, merece provocar la confianza tutelable de los terceros y las consecuencias *pro domino* de la presunción de exactitud.

(272) ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 333-334: «En las legislaciones del sistema de transcripción impera un criterio limitado de protección de terceros adquirentes, sin que pueda hablarse en ellos de nada que implique protección como la derivada del principio de legitimación registral y apenas del principio de fe pública del Registro, por cuanto al no ser llevado éste por el sistema de registración por fincas no hay propiamente contenido registral, ya que los asientos se hallan desperdigados en los libros del Registro y sólo se producen con cierta organicidad en los índices, y en Francia, desde 1955, en el fichero inmobiliario [...] Claro que con cierto esfuerzo cabe ver que por parte del dueño transcrito de una finca que después de haberla enajenado vuelve a enajenarla a otra persona, el Registro muestra aún a este enajenante, como titular según Registro del dominio de esta finca, cuando lo cierto es que ya no lo es por haberla enajenado, de suerte que el segundo comprador adquiere *a non domino*, pues lo verifica de un *ex domino*. Pero esto que es posible sostener en un sistema de transcripción que funcionara por el régimen de registración por fincas, no lo es en el sistema de transcripción pura, pues las legislaciones que pertenecen a este sistema ya hemos visto que no llevan el Registro por fincas. Por consiguiente, el contraste entre el sistema de exactitud del Registro y el sistema de transcripción es tal, que este sistema, digan lo que quieran sus defensores, se produce como algo embrionario, limitadísimo e impotente para constituir un verdadero sistema de protección de terceros adquirentes, a fin de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, por cuanto ni siquiera protege de los vicios o anomalías que puedan afectar a la titularidad del transferente»; también, c.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 151.

(273) No llegamos a entender a qué diferencias se refiere DE CASSO *op. cit.* p. 160, cuando afirma: «puede decirse que entre nosotros el presupuesto de legitimación tiene el mismo alcance que en los sistemas alemán y suizo; si bien, con las naturales diferencias, derivadas de no admitir nuestra L.H. la inscripción “constitutiva”».

Finalmente, en lo que hace a la formulación legal del principio de legitimación, vuelve a manifestárenos la duplicidad del contenido que comúnmente se le atribuye. Tormentosa es la historia de la regulación de los efectos menores o *pro domino* de la presunción de exactitud, que, omitidos en 1861 y tras el zigzagueo de algunos intentos poco afortunados (274), sólo en la reforma de 1944-46 (275) van a conseguir una formulación expresa y general, al parecer ya definitiva y pacífica, en los arts. 1.º III, 38 y 97 LH. Ha llevado ello a la afirmación -tan extendida que de ella se hace eco la Exposición de Motivos de 1944- de que nuestros legisladores de 1861 desconocieron el principio de legitimación. No es del todo exacto. Tiene razón NÚÑEZ LAGOS cuando detecta en los arts. 34 y 20 de la primitiva Ley Hipotecaria la manifestación de la legitimación dispositiva del titular inscrito en su doble dimensión, sustantiva y formal, respectivamente. Estas son sus palabras:

«Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación *sustantiva* en la prístina redacción del artículo 34 al hablar de «persona que en el Registro aparezca con derecho para ello», frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema, sobre todos los del siglo XIX. Ni don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva, como tam-

(274) Para la «evolución de la legitimación registral en España» hasta la reforma de 1944-46, *vid.*, por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 341-350.

(275) Se manifiesta al respecto la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«El principio de legitimación, de tanta transcendencia en el régimen hipotecario, no fue proclamado por nuestros antiguos legisladores. Estos regularon de forma vaga, incoherente y casuística algunos de sus efectos. Columbraron la necesidad del principio, pero no acertaron a desarrollarlo con rigor científico. La subsanación de esta señalada deficiencia es uno de los primordiales objetivos de la presente reforma.

El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y corresponde al titular. De este modo, la presunción *juris tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarlo de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal».

poco se dieron cuenta de que en el artículo 20 habían introducido una verdadera legitimación formal para transmitir...» (276).

Puede incluso admitirse que, antes de 1861, en el Proyecto de 1851 (art. 1820) (277), y en la redacción de sus *concordancias*, en esta materia, como se sabe, obra de LUZURIAGA, hay base más que suficiente para detectar la legitimación dispositiva del titular registral. Decía, en efecto, LUZURIAGA (278) que, «*admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción*». Es la misma idea que, algo después, en el comentario a la Ley de 1861, encontraremos en GÓMEZ DE LA SERNA: «*mientras no aparezca*

(276) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ...*, cit. p. 79. En algún aspecto coinciden con él, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 294-295: «No obstante, sería excesivo afirmar que la legitimación registral fue en absoluto desconocida por nuestros primeros legisladores hipotecarios [...] debe concederse que la protección de éste [el Registro] no se concedió a todo titular inscrito, sino sólo al adquirente según Registro, lo cual, unido a los modelos germánicos en que se apoyó el legislador, obliga a encontrar el fundamento de la protección del tercero en una previa legitimación del titular inscrito. Lo que ocurre es que la legitimación no fue establecida en su aspecto procesal, quizá por ser en él innecesaria para la finalidad de fortalecer el comercio de inmuebles a que la Ley respondía. Sólo se tuvo en cuenta este efecto del Registro en el aspecto indispensable: la facultad de disponer válidamente, recogida en el art. 20 de la Ley», GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 677-678: «En la antigua legislación hipotecaria española no se planteó, en principio, la cuestión de la presunción de exactitud, pues lo que interesaba al legislador de entonces era el llamado principio de inoponibilidad, es decir, que lo no inscrito no perjudicase al tercero que inscribió su título. Por eso, ni la Ley Hipotecaria de 1861, ni la reforma hipotecaria de 1869, se preocuparon de desenvolver la legitimación registral en su versión de presunción de exactitud, ni regularon sus consecuencias procesales. Lo único que puede decirse de aquella época es que, como dice la Exposición de Motivos de 1944, los legisladores de 1861 *columbraron el principio* a través de la legitimación dispositiva del titular registral regulada en el tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley». En cambio, la encuentra forzada, ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 344: «Creemos bastante forzado este criterio, pues el art. 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 no da pie, ni aun combinado con el 34, para poder estimar legitimado para la disposición el titular según el Registro, porque dicho art. 20 trata de la falta de previa inscripción del derecho del transferente, como causa bastante para suspender o denegar la inscripción del adquirente y el art. 34 está enfocado exclusivamente al principio de fe pública registral, lo que demuestra que nuestros legisladores hipotecarios de 1861 no pensaron ni por asomo en la legitimación registral del titular inscrito».

(277) Así, RAMOS FOLQUES: *Lexicografía ...*, cit. p. 150, quien ve consagrado en tal Proyecto «el principio de legitimación, en el sentido de presunción frente a terceros, de exactitud y legalidad».

(278) *Concordancias*, cit. p. 944.

en el Registro que el antiguo dueño ha dejado de serlo, se considerará que lo es» (279), o «los perjuicios que puedan ocasionarse [por la falta de inscripción] no deben recaer [...] sobre el que, bajo la garantía de las leyes, adquirió lo que, según Registro, pertenecía al que ya había enajenado» (280).

A la vista de estos testimonios, la distinción se impone: Puede concederse como cierto que en 1861 se desconocieron las consecuencias menores del principio de legitimación, esto es: la presunción de exactitud *pro domino* y sus derivaciones procesales y sustantivas. Lo que, en cambio, no puede concederse es que se desconociera igualmente su contenido «duro»: la legitimación dispositiva del titular inscrito. Y es perfectamente lógico que las cosas discurrieran como efectivamente se produjeron. Si nuestro Registro nace como instrumento asegurador de las adquisiciones de buena fe, tiene necesariamente que acoger el principio de fe pública registral; pero tal principio, como una y otra vez venimos diciendo, es imposible sin el presupuesto —se le explicita más o menos, y se le denomine o no como principio autónomo— de la legitimación registral. La condición de «ley de terceros» que, en razón de su genuino fin, marca con carácter absoluto a la Ley Hipotecaria de 1861, hace que en ella la legitimación dispositiva del titular inscrito aparezca, no ya en tránsito hacia la fe pública registral, sino desembocada en ella y confundida con la misma en el más llamativo y peculiar efecto de la publicidad registral; la presunción de exactitud, en favor del titular inscrito, brilla, en cambio, por su ausencia: Tan distintos son, y tan separables, esos dos mundos que hoy se dicen incluidos en el principio, uno, de legitimación registral. La realidad, nos parece, es que lo que en él se contiene de apariencia registral de legitimación dispositiva, embebido en el de fe pública, carece de autonomía para constituir un principio propio y distinto. Sólo, pues, a la presunción de exactitud, *juris tantum* y *pro domino*, como distinta a la fe pública en su orientación y efectos, queda el poder constituirlo. Si en su denominación se hablara sólo de presunción de exactitud, se evitaría el equívoco que en estas páginas hemos intentado debelar.

4.º *Principio de fe pública registral*. Netamente «germánico» es también el principio de fe pública registral; principio que —en paralelo ahora con lo que para bienes muebles significa el art. 464 CC— viene a sintetizar el más característico e intenso efecto de la publicidad en los sistemas «de desenvolvimiento técnico»: la equiparación en favor del tercero de buena fe, inmediata y definitiva —según decíamos antes— de la apariencia registral a la realidad de las cosas. En virtud de la fe pública registral, para tal tercero, lo que el Registro publica, vale, aunque no lo sea, *como si* fuera la realidad. Positiva y negativamente: lo

(279) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 413.

(280) *Id.*: p. 579.

que el Registro publica es *como si* existiera o fuera cierto —presunción, ahora *juris et de jure*, de exactitud—, y lo que en el Registro no aparece es *como si* no existiera —presunción, ahora indiscutida, e igualmente *juris et de jure*—, de integridad registral (281).

¿Juega en nuestro Derecho Registral el principio de fe pública? Obviamente, sí; y lo hace, a tono con lo que en general ocurre en cuanto a la concepción e inspiración de nuestro sistema, en una forma peculiar que al mismo tiempo que nos aleja del modelo francés, preserva también nuestra identidad frente al modelo germánico. Definitivamente atrás quedó el patrón de la publicidad francesa, una vez que nuestro legislador, evitado el «frenazo en seco» que en los Registros latinos tiene los efectos de la publicidad en los límites de su proyección preclusiva o negativa, se comprometió con el Registro, erigiéndolo en punto firme de apoyo de la confianza de los terceros de buena fe. En Francia, como es bien sabido, el Registro se limita a garantizar al adquirente que inscribe que su transmitente no ha enajenado previamente en favor de otro, pero no le garantiza la titularidad de dicho transmitente (282); el Registro, igualmente, se apresta a publicar toda sentencia sobre resolución, nulidad o rescisión del acto inscrito (art. 3 de la Ley de Transcripción), pero la omisión de dicha publicación no impide que sus efectos alcancen al tercero que adquiera del titular inscrito (283): la publicidad se predispone aquí para informar, simplemente, al tercero

(281) Su formulación legal, en Alemania: (BGB § 892 I) «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekkant ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenuber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist». En Suiza: (ZGB art. 973) «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintragung im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen». Estudiándolo en el Derecho suizo, lo define SERRANO SERRANO: *op. cit.*, n.^o 16, p. 62 como «la ficción de veracidad e integridad, que por ministerio de la ley se otorga al Registro, con relación al tercer adquirente de buena fe, de los derechos reales sobre las fincas, publicados por aquel, así como en relación a su existencia, contenido y rango».

(282) *Cf.* TROPLONG: *op. cit.* p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une periode de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi».

(283) TROPLONG: *op. cit.* p. 397: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nulité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, á l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité».

sobre algo que puede interesarle, pero no para inmunizarle frente a ello cuando, a pesar de la posibilidad de hacerlo, no se lo publica (284). El contraste con el art. 34 de nuestra Ley Hipotecaria salta a la vista haciendo innecesario cualquier comentario: efectivamente, el modelo francés ha quedado definitivamente atrás. Pero tampoco estamos en el modelo germánico: en él, como también sabemos, la fe pública registral se trata de reforzar desde los excesos de la transmisión abstracta y la inscripción constitutiva, en Alemania, o, más templadamente, en Suiza, sólo desde la inscripción constitutiva.

¿Cómo, sin necesidad de estos «refuerzos», puede llegar nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria a una fe pública, absolutamente inexistente en Francia y de igual fuerza e intensidad que la germánica? El proceso que conduce en nuestro sistema a la fe pública registral es sumamente sencillo e intuitivo y, habiéndolo indicado ya, no es necesario volver a insistir en él. Su punto de partida lo constituye la convicción muy firme de que el Registro debe ser base suficiente para la completa confianza de los terceros de buena fe. Sobre esta base, y para que el Registro pueda informar con la debida claridad y garantía, se adopta el sistema de registración por fincas, la exigencia de titulación auténtica, el tracto sucesivo y la calificación registral. Todo ello, como decíamos a propósito del principio de legitimación, permite contar con un Registro tendencial o presumiblemente exacto; pero no da completa garantía sobre su exactitud; y lo que llamamos «el tráfico» sigue exigiendo que el Registro sea instrumento de seguridad completa, de confianza que no pueda verse defraudada. ¿Qué hacer ante ello: apretar una vuelta más la tuerca de la seguridad intrínseca del Registro, desnaturalizando el mecanismo transmisivo y la propia función de la publicidad? ¡*Absit!* Aparte de que ninguna desnaturalización es buena, tampoco ésta sería suficiente. El querer excluir de la realidad jurídica lo que no se lleve al Registro no es bastante para erradicar la inexactitud registral. Preferible es atenerse a la realidad de las cosas —uno de cuyos datos es la falibilidad de todo lo humano— y, una vez adoptados los medios humanamente posibles para que el Registro, con la colaboración de los interesados, pueda constituir un fiel reflejo de las situaciones inmobiliarias, discernir desde él en Derecho —esto es: en justicia y equidad— quién debe ser preferido en caso de conflicto: ¿quien omitió la inscripción, provocando con ello el error del tercero, o quien confiando en el

(284) TROPLONG: *op. cit.* p. 386: «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a de résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnés sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera pas de se livrer à d'autres recherches».

Registro adquiere de quien en él aparece como titular e inscribe su adquisición? (285) Este es el camino -en nuestra opinión, el único posible y siempre suficiente- que en nuestro Derecho lleva a la fe pública registral.

A la luz de lo dicho, la fe pública se nos manifiesta en su exacta dimensión y naturaleza. No es, ni requiere para su existencia, ese forzamiento imposible e históricamente fracasado que fue la publicidad revestida de fuerza formal absoluta; tampoco requiere descansar en el carácter constitutivo de la inscripción registral. La fe pública registral es pura consecuencia de la fiabilidad del Registro. Fe pública registral (*fides publica*) significa, entonces, no que el Registro sea necesariamente *fidel* reflejo de la realidad (arts. 30, 31, 34, 40 ... LH), sino que siempre merece la *confianza* de todos los que, no siendo parte en el acto inscrito y atinente al derecho publicado, desconozcan *aliunde* la realidad de este último. Más brevemente dicho: el Registro está revestido de *fides publica* porque viene a constituir el dato objetivo de apariencia jurídica fiable que en la teoría general de la protección de la apariencia se exige como base de la creencia o confianza, razonable y de buena fe, del tercero (286). El principio de fe pública, extrayendo del Registro su más intensa virtualidad, nos manifiesta también hasta donde puede llegar éste en su genuina naturaleza: hasta convertirse en aparato oficial generador de apariencias protegibles (287). En lo que sólo a primera vista podría parecer una paradoja, el Registro, con vocación de hacer cognoscible a la generalidad la realidad de las situaciones inmobiliarias,

(285) Son numerosos los textos de la Exposición de Motivos de 1861 y de GÓMEZ DE LA SERNA donde, en razón del indicado juicio, se da razón de la protección legal al tercero que confía en el Registro; habiéndolos recogido ya en varias ocasiones, omitimos repetir ahora su cita concreta. De esta argumentación originaria de la protección registral al tercero de buena fe se hacen eco en nuestra actual doctrina, e.c., LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 54, y Díez-PICAZO: *Fundamentos, cit.* p. 371.

(286) Sobre la exigencia de dicho requisito como base de la buena fe del tercero en la teoría de la protección de la apariencia, remitimos a lo dicho en nuestro estudio *La representación aparente ...*, *cit.* pp. 255-265 y 443-444.

(287) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 54: «Queda, entonces, en evidencia, la última naturaleza del Registro como aparato oficial creador de apariencias formales: juega el mismo papel que la posesión con relación a los bienes muebles, si bien con las diferencias que median entre la publicidad a través de una estructura oficial y la que proporciona un hecho natural». También, e.c., COSSÍO: *op. cit.* p. 201: «Tal principio [el de fe pública] informa un conjunto de normas que forman parte de las dirigidas a proteger la confianza creada por la apariencia de un derecho»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 128: «En efecto, en ciertos supuestos las necesidades de asegurar el tráfico inmobiliario y de proteger la confianza en la apariencia (fines esenciales del Derecho inmobiliario registral) dan lugar a que el contenido registral prevalezca incontrovertiblemente sobre la realidad jurídica discordante»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 230: «La primera de las ideas-fuerza del principio de fe pública registral del art. 34 LH, como su propio nombre indica, es la *confianza en la apariencia registral*, lo que significa que el tercero se apoya en la base que ofrece el Registro de la Propiedad al publicar la legitimación dispositiva del transmitente» (sub. del a.).

termina por cifrar su eficacia en vehicular su apariencia y proporcionar a quienes en ella confían la protección del Derecho. Es que el Registro, obviamente, tiene condición de medio, no de fin. El fin es la seguridad del tráfico inmobiliario: poder adquirir eficazmente sin temor a perder lo adquirido. Cuando ello ocurre porque el Registro ha mostrado al adquirente quién era el verdadero titular, la eficacia de la adquisición deriva, *tota quanta*, de la titularidad del transmitente; el Registro ha servido a su propio fin mostrando la realidad y facilitando que ésta despliegue por sí misma su propia eficacia. Ni de él se puede esperar más en tal caso, ni nada más se le podría exigir. Pero, ¿y cuando el Registro muestra como dueño al que no lo es? ¿Va a permitirse ahora que quien adquirió confiando en lo que el Registro le decía, termine siendo vencido, en razón del *nemo plus juris*, por el que pudiendo inscribir no lo hizo? El fin de la seguridad, encarnado en la protección del tercero de buena fe, pide ahora del Registro, impedida o fracasada su función ordinaria, una prestación distinta y extraordinaria: que, convertido — como lo estaba — en apariencia creíble, supla a la realidad permitiendo al tercero ser mantenido en su adquisición. Es ahora cuando, teniendo que actuar por sí solo, manifiesta el Registro su más intensa y llamativa virtualidad: cuando sin el auxilio de la realidad y siendo sólo su apariencia, hace que tal apariencia valga como realidad para el tercero de buena fe que puso en él su confianza.

Supuesto todo lo anterior en torno a la *ratio* y fundamento del principio de fe pública, creemos procedente hacer referencia a continuación a tres cuestiones, distintas y de muy diferente calado, que en torno al mismo se plantean, o podrían plantearse, en nuestra doctrina.

La primera, basta a estas alturas con mencionarla, puesto que nos ha venido apareciendo con anterioridad y de ella nos hemos ocupado ya con reiteración y suficientemente: nos referimos a la tesis que entiende necesaria para la consistencia de la fe pública registral el mecanismo de la inscripción constitutiva. En efecto, nuestros autores, desde orientaciones diferentes, han criticado que en nuestro Derecho la fe pública no cuente con dicho apoyo. Así, e.c., DE CASSO, desde el fervor doctrinal, inspirado en la obra de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ y frenado en la reforma hipotecaria de los años 44-46, en pro de la inscripción constitutiva (288), o CARRETERO, en su postura tendente a la

(288) DE CASSO: *op. cit.* pp. 172-173: «La L.H. española es bastante perfecta en cuanto al presupuesto de publicidad; si bien incurre en incongruencia al aceptar el principio de «fides publica» en su máximo grado de protección, a favor del tercero, rechazando en cambio la norma de «inscripción constitutiva» para la eficacia de todos los derechos reales sobre inmuebles. Por ello se impone que la L.H. acepte también dicho «presupuesto de inscripción», restableciendo así la ecuación científica y práctica, hoy vigente en todos los sistemas modernos: El alemán, el suizo y también el australiano, para los inmuebles ya «ingresados» en el Registro». El «freno» a la tendencia favorable a la inscripción constitutiva, se justifica, pragmáticamente, en la E.M. de 1944

magnificación de la inoponibilidad latina de lo no inscrito, como la gran manifestación del principio de publicidad en nuestro Derecho, por no ser en el mismo constitutiva la inscripción registral, y desde la correlativa denuncia de lo que considera nuestro anómalo sistema de fe pública sin el basamento de la inscripción constitutiva (289). A nuestro juicio, la crítica es inconsistente. No hay razón alguna de necesidad que fuerce a asentar la fe pública sobre el fundamento de la inscripción constitutiva. Teóricamente, porque para que el Registro resulte revestido de la *fides publica*, bastan las garantías que justifican objetivamente su fiabilidad como exponente de la realidad inmobiliaria o, en el peor de los casos, como apariencia jurídica de la misma. Prácticamente o de hecho, porque la experiencia de nuestro sistema y la satisfactoria realidad de su funcionamiento, constituyen el mejor y más contundente desmentido fáctico a la crítica que nos ocupa. En el rancio lenguaje de la escolástica: *de facto ad posse valet illatio*.

La segunda de las cuestiones antes anunciada es de orden especulativo y de nula transcendencia práctica, aun cuando su debida explicación no deje de resultar esclarecedora. Es la siguiente: Nuestra primera doctrina hipotecarista, como hemos tenido ya ocasión de indicar, no denomina separadamente el principio de fe pública. En las *Concordancias* de LUZURIAGA y en los comentarios de GÓMEZ DE LA SERNA, fe pública registral y legitimación forman bloque en el funcionamiento del principio de publicidad. Como se ha dicho y repetido, es a partir de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ cuando se generaliza la descomposición de este hasta entonces principio unitario en su doble

con las siguientes palabras: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si -conforme se ha dicho- más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprestigio para la norma jurídica, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

(289) CARRETERO: *Retornos* II, *cit.* pp. 94-95: «La consecuencia es un sistema en que el principio de fe pública registral pleno al no descansar sobre la base firme de la inscripción constitutiva ni siquiera sobre la menos firme del sistema de transcripción (inoponibilidad) resulta excesivo. [...] ningún sistema resulta tan endeble como el nuestro, si se prescinde del artículo 32 o se le interpreta en la forma en que lo hace la doctrina dominante. La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción)».

manifestación de legitimación y fe pública, constituidas cada una en principio diferente. Paralelamente puede observarse que en Alemania, ambas, legitimación y fe pública, siguen integrando un único principio —el principio de publicidad (*Publizitätsgrundsatz*)—, de cual vendrían a constituir, no dos subprincipios entre sí relacionados, sino, según mayoritariamente se entiende, dos manifestaciones parciales y complementarias (290). Siendo de esta forma, el problema no existe. Pero cuando se habla de dos principios distintos, ¿no cabe plantear, dada su superposición sobre un mismo presupuesto y su confluencia en un mismo resultado, cuál es la mutua relación existente entre ellos? En concreto: ¿se explica la legitimación por la fe pública registral, o es esta última la que resulta explicada por la legitimación? Naturalmente, al plantearlo pensamos en esa manifestación más intensa de la legitimación registral, que, destacándose de la simple presunción *juris tantum* de exactitud, vendría a suplir el defecto de poder dispositivo del sólo registralmente aparente titular registral. A nuestro juicio, la cuestión, en rigor, no debería plantearse, ya que, según dijimos al hablar del principio de legitimación, el reforzamiento de la presunción de exactitud en favor del tercero cuando a su amparo dispone el titular inscrito, nos lleva al centro mismo de la fe pública registral. Estrictamente, pues, la legitimación, así entendida, y la fe pública vienen a fundirse constituyendo un *unum et idem*. Con todo, dentro de ese conjunto unitario son distinguibles realidades distintas y, en función de ellas, aspectos y planteamientos lógicos diferentes. Examinado el asunto desde el punto de vista del Registro, de su organización, de los requisitos y controles impuestos a la registración y, consecuencia de todo ello, de la proyección hacia fuera de la publicidad registral, vendrá a primer plano la legitimación registral, y desde ella y por ella se denominará el fenómeno producido y su consecuencia. En sentido opuesto, encarada esa misma realidad desde la perspectiva del tercero que toma al Registro como punto de apoyo de su actuación adquisitiva, pasará a situarse en primera línea la fe pública registral, desde la que se denominará ahora la repercusión final de la legitimación registral en el tercero de buena fe. Distinguibles, aunque sólo de esta forma, el efecto «fuerte» de la legitimación y la fe pública registral, cabe retomar la pregunta: ¿cuál de ellas es lógicamente anterior a la otra; cuál es la causa y cuál el efecto? La respuesta impone distinguir: en el orden de la causalidad eficiente, obviamente, la legitimación es previa a la fe pública: es la seriedad de la registración la que provoca y fundamenta la creencia y confianza del tercero en lo que el Registro publica. Ahora bien, en el orden de la causalidad final, el resultado asegurador del tercero de buena fe es el *prius in intentione*, desde el cual encuentran

(290) Cfr., respectivamente, STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902, Rz 23 e) y STAUDINGER-HEINZ, § 891, Rz 1.

explicación las cautelas y garantías impuestas por el legislador a la práctica de la publicidad. LUZURIAGA lo expresaba inequívocamente al decir que «por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda» (291). Creemos que era importante señalarlo, porque manifiesta ello cómo ya desde los balbucesos de nuestro sistema registral se tiene nítidamente clara la idea de lo que debe ser su resultado final asegurador de las adquisiciones, y cómo, en función de él, se concibe una organización de la publicidad tan alejada en su solidez respecto a la del modelo francés.

Y con esta última observación entramos ya en la tercera y más importante de las cuestiones que nos proponíamos abordar. Nos referimos al problema sobre el preciso y justo significado de la fe pública registral en nuestro singular Derecho Hipotecario: a su concreto alcance en un sistema que, acogiendo el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito, no es el sistema francés de pura inoponibilidad o de publicidad negativa o preclusiva; pero que, admitiendo a inscripción el título adquisitivo y no dando valor constitutivo a la inscripción, tampoco es, en sus propios términos, el sistema germánico de fe pública registral. La cuestión puede desglosarse y proponerse directamente de la siguiente forma: ¿Es la fe pública registral algo que, presente ya en la más originaria y nuclear concepción de nuestro sistema de publicidad, oriente y determine la coherencia de su conformación y desarrollo, o resulta, por el contrario, una especie de hallazgo de última hora, que, incrustado finalmente al conjunto, convive en él con merma de su armonía? Y de otra parte: incluyendo la fe pública en su dimensión negativa la presunción de integridad del Registro, ¿cómo puede convivir con ella en un mismo sistema el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito?

En cuanto al primer punto, conocidas son las opiniones, ambas muy autorizadas, de NÚÑEZ LAGOS y de CARRETERO. Riguroso investigador de los orígenes de nuestra Ley Hipotecaria, aduce NÚÑEZ LAGOS cómo nuestro sistema registral fue excogitado al margen de los que después serían los arts. 33 y 34 LH (292): la fe pública es en él una «resonancia inarmónica» de los sistemas germánicos en un Registro de títulos como el nuestro (293). Para CARRETERO, igualmente, los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria responden a una decisión

(291) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944.

(292) NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, RGLJ 1950, pp. 573-574, esp. en ésta: «Pues bien: hasta la Ley de 1861, no aparecen los arts. 33 y 34 de la Ley. Todo el sistema está basado en el que fue art. 23 (hoy 32), al margen por completo del llamado principio de fe pública y del tercero hipotecario *derivado y apoyado* desde una previa situación registral» (subs. del a.).

(293) NÚÑEZ LAGOS: *ib.*, pp. 603-604: «Ambas inscripciones [la previa en favor del transmitente y la del acto adquisitivo del tercero protegido] tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que solo existe *por y desde* el Registro, resonancia inarmónica de los auténticos sistemas de fe pública en un Registro de títulos como el nuestro» (subs. del a.).

de última hora, por la que, sin precisión ni gran certidumbre en su formulación, se añade al principio latino de inoponibilidad un tímido conato de fe pública registral (294). En nuestra opinión, no convendría deducir de lo tardío improvisación; ni confundir la previsión del resultado general de la fe pública registral con su concreta formulación en el art. 34 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a lo primero, baste el testimonio, de primera mano, de CÁRDENAS: el art. 34 fue «el más meditado y el más discutido por la Comisión» (295). En cuanto a lo segundo, el dato aportado por el mismo NÚÑEZ LAGOS (296), de que, al plantearse la conveniencia de su formulación, GÓMEZ DE LA SERNA la consideró superflua: sin él se lograba en nuestra Ley la plena protección del tercero adquirente, que exige en favor de éste la paralización hasta de la misma acción reivindicatoria (297). Efectivamente —sin por ello negar la utilidad de esa explicitación tan importante— así era, y sólo ello explica que CÁRDENAS justificara la introducción del art. 34 por una pura razón de coherencia con lo que, en su significación central, venía a ser la Ley Hipotecaria: «el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas» (298). Conviene no olvidarlo: la plena fiabilidad del Registro y su efecto asegurador a todo trance del

(294) CARRETERO: *Retornos II, cit.* pp. 89: «Sin perjuicio de que, además, y a última hora, se introduzca sin gran precisión y sin gran certidumbre de su formulación, el principio de fe pública registral germánico en el art. 34», y 93 «En un principio el 32 (originariamente 23) era toda o casi toda la Ley, y su indudable sentido era el que tiene, en todas las legislaciones latinas, los preceptos ordenadores del principio de inoponibilidad del acto no transcrito frente al acto transcrito, contradictorio y proveniente del mismo causante. Ni en el anteproyecto ni en el proyecto ni en el proyecto retocado aparecen los artículos 33 y 34. Pero un acierto de los autores de la Ley introdujo estos últimos inspirados en las legislaciones germánicas. Se añade así al principio latino de inoponibilidad de lo no inscrito un tímido conato del principio germánico de fe pública registral (paralización de las acciones de nulidad y reivindicatorias consiguientes frente al tercero subadquirente tabular de buena fe)».

(295) CÁRDENAS: *Memoria histórica, cit.* p. 170.

(296) NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude, cit.* p. 599.

(297) Baste como exponente el texto de la Exposición de Motivos de 1861, p. 258, justificando la anotación del legado de cosa inmueble: «Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». No se nos diga que el texto, como posterior a la Ley, lo es también a la introducción en ella del art. 34. El texto, ciertamente, lo es; pero no la norma que en él se explica, ni su justificación dentro de la unidad del sistema. Para el conjunto de textos que suponen la explicación de nuestro sistema de publicidad desde la plena protección del tercero que confía en la apariencia registral, remitimos a nuestro anterior trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, *cit.* pp. 30-38.

(298) CÁRDENAS: *op. cit.* pp. 170-171.

tercero que adquiriera de quien en él apareciera con poder para transmitir, fue postulado irrenunciable en la génesis de nuestro Derecho Inmobiliario-registral desde el proyecto de 1851 (299), y siendo ello así, el art. 34, sea cual fuere el momento de su introducción, no podrá nunca considerarse en él una pieza adventicia, extraña en su naturaleza a la inspiración del conjunto. Otra cosa es que, por razón de las peculiaridades de nuestro Derecho frente a lo que, sobre todo después, ha sido el modelo germánico, la fe pública registral responda en él a un fundamento distinto, o a ella se llegue por un camino diferente: No el de la inscripción constitutiva, ni, mucho menos, el de la transmisión por negocio abstracto e inscripción registral, sino, como magistralmente lo destacaron CASTRO (300) y el mismo NÚÑEZ LAGOS (301), el mucho más simple, intuitivo y realista de la protección del tercero de buena fe que confía en la apariencia registral. Y no se nos venga a decir ahora que la elementalidad de esta idea aparece como un fogonazo de luz sólo a la culminación del sistema, cuando es tan claro que fue ella la que inspiró y guió todo el proceso de su concepción y conformación.

Y llegamos así al segundo aspecto de la cuestión antes propuesta: cómo pueden convivir en un mismo sistema la fe pública registral, con su imprescindible vertiente negativa, y el principio autónomo de inoponibilidad, exponente único de la publicidad preclusiva. Como se sabe, es la cuestión que enfrenta en nuestra doctrina las tesis llamadas monista y dualista. De acuerdo con la primera, el art. 34 habría absorbido al 32; en tesis de la segunda, el 32 preservaría su propio ámbito no invadido por el 34. Desde luego hay que conceder a ROCA SASTRE que el art. 32 es susceptible, habiendo previa inscripción, de ser subsumido en el 34, y, lo que es más, que así subsumido en la fe pública y respondiendo a un criterio positivo de protección de la confianza en el contenido del Registro, lo explicaron la Exposición de Motivos de 1861 y GÓMEZ DE LA

(299) Habiendo ya insistido en ello, nos limitamos a remitir a OLIVER: *op. cit.* pp. 60-73, esp. 67-68: «Por eso dice LUZURIAGA que, «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción». He aquí un efecto verdaderamente positivo de la publicidad. El que aparece como dueño en el Registro, ese y no otro es el verdadero propietario. Ese es el único que puede vender, permutar, gravar e hipotecar el inmueble. En él residen únicamente, y de un modo transcendente, todas las facultades del dominio».

(300) CASTRO: *Derecho Civil, cit.* p. 192.

(301) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español, cit.* p. 243; ID: *Tercero y fraude, cit.* p. 600.

SERNA en su comentario a la Ley (302). Es, por lo que antes decíamos, otra manifestación de que la fe pública registral no queda encerrada en nuestra Ley Hipotecaria dentro de los estrictos límites del art. 34; pero, sobre todo, y por lo que ahora nos interesa, es lo que explica ese «aplastamiento», de que a veces se ha hablado (303), del art. 32 por el 34, y que dicho aplastamiento, contra lo que se dice, no sea un tardío resultado de la progresiva expansión de la idea de la fe pública en detrimento de la inicial amplitud prevista para la inoponibilidad, sino que arrancaríase del mismo nacimiento de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, en la mayoría de las ocasiones, cuando el adquirente que primero inscribe no tenga que inmatricular, esto es: cuando haya adquirido de titular inscrito, la inoponibilidad al mismo de una posible transmisión anterior no inscrita perderá autonomía como peculiar expediente protector, subsumida en el efecto más amplio e intenso de la fe pública registral. Pero no siempre tiene que ocurrir así. No habiendo previa inscripción registral en la cual basar su confianza el adquirente que por primera vez inscribe, el art. 32 será su único expediente protector ante la posible realidad de una transmisión anterior a la efectuada a su favor por su mismo causante. Aunque haya, pues, una muy frecuente zona de superposición de normas, no puede hablarse en rigor de un completo «aplastamiento» del art. 32 por el 34. Es posible la subsistencia en nuestro Derecho de una zona —principalmente la indicada, aunque no sólo ella— donde el principio de inoponibilidad puede actuar autónomamente sin resultar desplazado o absorbido por el de fe pública registral. Nos referimos a ello al tratar del principio de inoponibilidad y a lo allí dicho nos remitimos.

(302) ROCA SASTRE: *Transcendencia...* cit. pp. 591-592: «Si bien este precepto [el art. 23, hoy 32] se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fue pensado bajo el clima de la *buena fe* concurrente en el tercer adquirente protegido. La Exposición de Motivos de la Ley lo funda en el razonamiento de que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer*, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». Y uno de los autores de la Ley. DE LA SERNA, al explicar en qué consiste dicho artículo 23, dice que la razón de la prevalencia al favor del segundo comprador que inscribió su título, es que si el primero no inscribió el suyo dio lugar con ello a que el comprador segundo, *engañado por el silencio del Registro*, acerca de la primera venta, comprara la finca *creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió», y por esto el nuevo adquirente no podía ser perjudicado por la compra anterior. Hay que atribuir mucha importancia al sentido de estas palabras, que a pesar de no reflejarse explícitamente en el texto de la Ley, respondían al criterio, de *signo positivo*, de la *protección de la confianza en el contenido del Registro* y constituían el germen u origen de los requisitos de buena fe, de previa constancia registral del derecho del transferente y, en cierta manera, del de onerosidad negocial, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y que en las evolutivas reformas sucesivas tendrían plena cristalización legal».

(303) CARRETERO: *Retornos II*, cit. p. 93: «Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34».

5.º *Principio de buena fe*. Acerca de la buena fe es discutida en nuestra doctrina, tanto su condición de principio hipotecario (304), como, yendo más al fondo, su carácter de exigencia absoluta como auténtico requisito general de protección registral: mientras el art. 34 LH la exige expresamente en el beneficiario de la fe pública registral, el 32 la omite al sancionar la inoponibilidad a tercero de lo no inscrito. Ante un tal estado de cosas, parece necesario entrar, como paso previo, a dilucidar este segundo punto, a saber: si la protección registral al tercero exige siempre de éste el requisito de la buena fe; sólo después de haberlo hecho estaremos en condiciones de apreciar si dicha exigencia de buena fe es merecedora de ser tratada en nuestro sistema como un verdadero y propio principio hipotecario, y, en caso afirmativo, de intentar dejar fijado cuál debe ser su íntegro contenido.

La cuestión previa, una vez acotados sus términos, debe resolverse en sentido afirmativo. Hemos planteado, efectivamente, si la buena fe es requisito de protegibilidad registral en el tercero. Es aquí donde se produce la acotación necesaria. La publicidad registral, en su constante paralelo con la posesión, provoca efectos favorables tanto para el titular registral como para los terceros. Por lo que hace a la posesión, sabido es que en ella, sobre la base de su consideración ideal y abstracta —y sin que sea necesario entrar ahora en el problema de su naturaleza ni en el del fundamento de la protección posesoria (305)— su contenido protector *pro possessore* se carga tan intensamente que, contra lo que sería su justificación teleológica, puede terminar volviéndose en favor del mismo usurpador. No ocurre igual cuando, en su ineludible proyección a terceros, provoca en favor de éstos efectos jurídicos ventajosos; en este caso los terceros han de serlo de buena fe. Igual sucede en la publicidad registral. Al tratar del principio de presunción de exactitud o de legitimación tuvimos que situarnos en ese punto donde se ve arrancar la bifurcación de los efectos de la publicidad. Los produce ésta en favor del titular inscrito (presunción de exactitud) y en favor de los terceros que toman la inscripción como índice de la situación jurídica que les mueve a contratar con quien ella misma señala como titular. Pues bien, al igual que los efectos *pro possessore* no exigen la buena fe del poseedor, tampoco los derivados de sola inscripción en fa-

(304) La afirman, e.c., JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios hipotecarios*, «Estudios...», I, cit. p. 96; COSSÍO: *op. cit.* p. 16, y *Tendencias jurídicas en el momento de elaboración de la Ley Hipotecaria. Su comparación con las actuales*, AAMN XIV, p. 48; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968), p. 65; DE CASSO: *op. cit.* pp. 199-200; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 185. Le niegan autonomía, en cambio, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 665-666; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit. p. 455-456; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, 1949, pp. 541 y 544; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 538.

(305) Remitimos para ello al estudio del maestro JORDANO BAREA, J. B.: *Una reflexión sobre la posesión*. ADC 1986, pp. 1035 y ss.

vor del titular inscrito quedan supeditados a la buena fe de quien de hecho llegó a inscribir; es lo que SANZ FERNÁNDEZ, identificando presunción de exactitud y legitimación, expresará diciendo que la falta de buena fe no impide la legitimación registral (306). Pero, ¿y tratándose de los efectos de la inscripción en favor de terceros? Aquí es donde, a nuestro juicio, se impone una respuesta favorable a la exigencia general de buena fe, que nuestra doctrina no comparte todavía pacíficamente.

Es que el problema se presenta involucrado con la pugna por la adscripción de nuestro sistema registral a uno u otro de los modelos comparados, el latino o el germánico y, consiguientemente, con la polémica en torno al monismo o al dualismo de nuestro tercero hipotecario. Para NÚÑEZ LAGOS, sólo tardíamente y por extraña simbiosis le salió a nuestro tercero registral «el hongo de la buena fe» (307), algo que, tras la consagración legal del requisito en la reforma de 1944-46, no podrá sino admitirse en el ámbito protector del art. 34 de la Ley Hipotecaria, pero que carecería de fundamento y justificación fuera de él, en concreto, y muy señaladamente, en el del art. 32 (308). La réplica a esta opinión desde la tesis monista va a negar la posibilidad de que el

(306) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, cit. p. 456: «La buena fe tiene exactamente el mismo campo de aplicación de la fe pública. De aquí que la falta de buena fe no impida la aplicación de otros efectos hipotecarios, muy especialmente de la legitimación registral». Asiente en el fondo NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. p. 256, aunque literalmente discrepe, al identificar legitimación y fe pública: «La titularidad registral resulta inexacta, y el conocimiento por parte del tercer adquirente paraliza el principio de legitimación». Coincidente también en el fondo, y sin concretar en principios distintos, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* 11984), p. 55: «Dada esa buena fe [del tercero], la transmisión se produce a pesar del dolo o fraude con que actúe el transmitente: el hecho de ser éste titular registral, determina que tenga la posibilidad de hecho de hacer adquirir, a la persona que con él contrata, unos bienes -los registrados a su nombre- que él mismo no tiene».

(307) NÚÑEZ LAGOS: *Don JERÓNIMO*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Estudios..., cit. II, p. 10: «La protección al tercero en el art. 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El llamado tercero jurisprudencial, por una dudosa generalización muy atrevida, pero afortunada, se convirtió en el flamante principio de buena fe». *Id.* *El Registro de la propiedad ...*, cit. p. 251: «No se habló de este requisito [la buena fe] por la Ley de 1861. Don Jerónimo González, inspirándose en el BGB y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su Exposición de Motivos, y en la jurisprudencia del T.S., construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a Don Jerónimo. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente como referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución».

(308) Así, el mismo NÚÑEZ LAGOS, en la obra últimamente citada, pág., especialmente, 255: «En la Ley Hipotecaria la buena fe es la misma del Código Civil encajada dentro del llamado principio de fe pública. Como dice Roca Sastre (I, p. 322), el campo de aplicación del requisito de la buena fe no es mayor que el del principio de *publica fides* registral». También, en *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, cit. pág. 612: «Por eso, la llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34 y no en el de los artículos 13 y 32». De la misma idea es CARRETERO: *Retornos...* II, cit. pp. 126-132.

efecto protector del art. 32 LH pueda actuar en, favor de un tercero no adornado del requisito de la buena fe, pero, en rigor, no va a responder con la amplitud que sería necesaria al problema propuesto cuando planteábamos si la buena fe es requisito exigible en toda forma de protección registral al tercero. La razón es muy clara: para la tesis monista, el artículo 34, englobando en sí mismo el contenido normativo del artículo 32, abarca la totalidad de la protección registral al tercero; el tercero del artículo 32 necesita serlo de buena fe porque no es distinto al tercero del artículo 34 (309). El resultado de todo ello será que, a pesar de la confrontación entre dualistas y monistas, en nuestra doctrina se produzca práctica unanimidad en que la exigencia de buena fe coincide en sus límites con los de la fe pública registral (310). Unos, porque liberan al tercero del art. 32 de esta exigencia, y otros porque niegan que pueda haber un tercero del art. 32 distinto al del 34, terminarán por convenir en la anterior afirmación de coincidencia, pero desde concepciones de fondo muy distintas, ninguna de las cuales nos parece satisfactoria. No, la dualista; porque, contra lo que en nuestro Derecho debe entenderse, admite una zona donde la protección registral podría alcanzar a terceros no de buena fe. Tampoco, la monista, porque, con desconocimiento de su completa amplitud, encierra la protección registral a los terceros en los límites del art. 34 LH. Transcendiendo la pugna entre ambas, es posible afirmar que en el sistema de nuestra publicidad registral la protección del tercero desborda el su-

(309) Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. p. 665: «En la vigente Ley Hipotecaria se ha reconocido la necesidad propugnada de que fuese la propia ley la que consagrara explícitamente que el adquirir con buena fe constituía uno de los requisitos para la protección registral derivada del principio de fe pública, y así lo ha efectuado en su art. 34, y también en el 36 y en el 40 de la misma. No obstante se ha producido en este punto con bastante insuficiencia, pues con una mejor estructuración de los preceptos correspondientes y una más racional sistemática, no se producirían actualmente ciertas cuestiones, como la antes examinada acerca de la pretendida dualidad sustancial entre los arts. 34 y 32, y concordantes de la ley Hipotecaria vigente». *Id.*: *Transcendencia ...*, cit. pp. 601-602: «aunque se entienda que dicho artículo 32 actual contempla un supuesto distinto del que tiene presente el artículo 34 y concordantes, todos de la Ley Hipotecaria, [...] no obstante creemos que el tercero adquirente, o sujeto protegido por uno y otro precepto, debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto ambos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque, de otra manera, se produciría una desigualdad inadmisibles. [...] no vemos razón alguna convincente para establecer una diferencia de trato entre los terceros adquirentes, amparados por ambos preceptos básicos, sino, por el contrario, estimamos más justificada su absoluta equiparación en punto a la necesidad de tener que reunir todo tercero los requisitos de buena fe, de onerosidad y de previa inscripción del derecho del transferente, además de la natural exigencia de haber el tercero inscrito su adquisición. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, sobre todo en cuanto al requisito de la buena fe» (subs. del a.).

(310) Así, DE LA RICA: *La buena fe ...*, cit. p. 545: «Es opinión unánime de la doctrina (J. GONZÁLEZ, NÚÑEZ LAGOS, ANGEL SANZ, ROCA SASTRE ...) que el ámbito de aplicación del requisito de la buena fe coincide con el de aplicación de la *fides publica*».

puesto del art. 34, al no exigir siempre el cúmulo completo de los requisitos en el señalados; pero que cuando ello ocurre, la buena fe sigue siendo condición *sine qua non* de protección registral (311). Tiene razón ROCA SASTRE cuando afirma que el originario art. 32, aunque redactado con arreglo a los moldes de los sistemas de transcripción, fue pensado bajo el clima de la buena fe y desde el criterio positivo de la protección de la confianza en el contenido del Registro (312). Los textos de DE LA SERNA en los que el resultado de la fe pública aparece entremezclado en la explicación de la inoponibilidad de lo no inscrito (313), y en los que el supuesto de la omisión de la inscripción de la primera venta se incluye en la explicación del efecto protector de quien adquiere de titular inscrito, según el art. 34 (314), no dejan, a nuestro juicio, lugar a dudas. Y así tenía que ser, necesariamente, si desde el primer momento los autores de nuestra Ley Hipotecaria supieron ver en el Registro de la Propiedad un instrumento generador de confianza protegible o de apariencia jurídica. Ahora bien, que ello sea así; que en la representación ideal del supuesto más frecuente, lo inoponible no inscrito coincida temporalmente con la inscripción —todavía— de lo que ya dejó de existir, no impide que en la literal y completa extensión del art. 32 pueda entrar la hipótesis de la protección del inmatriculante; esto es: de quien no reúne el requisito de haber adquirido de titular inscrito (315). ¿Podrá entonces decaer el requisito de la buena fe, al igual que fuera de la fe pública decae el de la previa inscripción?

(311) La buena fe, desconocimiento de lo no inscrito, aparece en DE LA SERNA: *op. cit.* p. 574, como requisito para el efecto «latino» de la inoponibilidad de lo no inscrito: «Ningún título, por privilegiado que sea, que no se halle inscrito en el Registro, puede perjudicar a tercero que sin conocimiento del gravamen adquiere un derecho real, sea de la clase que quiera, sobre la finca». En la actual doctrina, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968) p. 151: «... el inscribiente podrá ignorar, cualquiera que sea la fecha de su nacimiento, todos los derechos reales (no inscritos) sobre una finca cuya existencia le sea desconocida al constituir su título (artículos 606 CC. y 32 LH:). Se altera, pues, en homenaje a la inscripción de buena fe, el orden cronológico en la constitución de los derechos».

(312) ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, *cit.* pp. 591-592, en el párrafo transcrito en la anterior nota 302.

(313) SERNA: *op. cit.* p. 579: «Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo la garantía de las leyes adquirió lo que, según el Registro, pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo y dio lugar al segundo contrato».

(314) SERNA, en el comentario al art. 34: *op. cit.* p. 621: «injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pueda tener conocimiento por el Registro».

(315) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 173-176.

Y es aquí donde, destacando con Don JERÓNIMO GONZÁLEZ —que en este punto nada espúreo introduce en nuestro sistema— el papel de *leit motiv* que la buena fe desempeña en la armónica obertura de la Ley de 1861 que es su Exposición de Motivos (316), se hace necesario responder negativamente. Mejor que con nuestras palabras, lo haremos con las más contundentes de DE LA SERNA (317): «*no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe*». Siendo ello así, ninguna necesidad hay de esa coartada ética a la que se refería NÚÑEZ LAGOS (318), para justificar en todo caso un requisito que, superando el silencio del texto de la Ley, la jurisprudencia no ha vacilado en exigir por coherencia con el sistema y armonía con la orientación general de nuestro Derecho (319).

(316) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de buena fe*. «Estudios, I. pág. 398: «Puede decirse que, sobre todo en la primera parte de esta armoniosa obertura de la Ley, la adquisición de buena fe tiene la importancia de un *leit motiv* o tema principal que acompaña, refuerza, matiza o dirige a todos los razonamientos». A los textos de la E. M. citados por el a. podrían añadirse otros, e. c.: «Consiste ésta [la publicidad] en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro ... (p. 228). «La Comisión, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no menos respetables de los que con buena fe han adquirido el dominio u otros derechos reales, los armoniza... (p. 230). «Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada (p. 253)»; «La Comisión [...] fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio (p. 255)»; «Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe (p. 256); «La Comisión ha resuelto esta cuestión [la convalidación de la hipoteca constituida por quien al momento de hacerlo no aparece en el Registro con derecho para hacerlo y, posteriormente, lo adquiere] en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado: por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia (p. 278-279)».

(317) SERNA: *op. cit.* p. 634.

(318) NÚÑEZ LAGOS: *Don JERÓNIMO*, *cit.* p. 10: «No obstante, era difícil oponerse a la invocación casi divina de la frase «buena fe». Su significado ético fue el papel secante de toda refutación en flor. La ética desvaece a la crítica».

(319) Sobre la exigencia jurisprudencial de la buena fe en el art. 1473 CC y su implicación con el sistema registral, *cfr.*, en nuestra más reciente doctrina, RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona 1994, pp. 55-65, explicando como consecuencia de una «conversión» lo que, aunque desconocido u olvidado, se encontraba ya originariamente, a nuestro juicio, en la Ley Hipotecaria y en su primer y más autorizado comentario.

Sentada la necesidad de buena fe para la protección registral del tercero, queda abierto el camino a la cuestión de su elevación a la categoría de principio hipotecario: ¿Es posible en nuestro sistema hablar de un principio de buena fe? Las respuestas negativas han partido de los dos polos extremos en la imaginaria escala por la que se podría medir el valor y rango de la buena fe hipotecaria. Desde abajo, se dice que, más que un principio autónomo, constituiría un subprincipio, dentro del de fe pública registral (320), desde arriba, que la exigencia de buena fe constituye un presupuesto general de protección legal y, por tanto, no un principio específicamente hipotecario (321). La primera razón carecería de base si se admite, según hemos venido manteniendo, que el requisito de la buena fe se extiende en el Derecho Hipotecario rebasando los límites de la fe pública registral. La segunda, en cambio, debe admitirse en sí misma, pero sin que prejuzgue, a nuestro juicio, la cuestión planteada. Admitimos, ciertamente, que la buena fe es exigencia general de protegibilidad legal; nosotros mismos hemos destacado en este trabajo la existencia de una base transhipotecaria de nuestro Derecho de Cosas, consistente en la protección del tercero de buena fe. Ahora bien, ¿impide ello que, dentro del campo específicamente hipotecario, pueda atribuírsele el carácter de principio que fuera de él se le reconoce? Si como decía Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (322), la buena fe «acompaña, refuerza, matiza o dirige» todos los razonamientos de la Exposición de Motivos en la explicación de la Ley Hipotecaria, ¿no se la deberá considerar como un auténtico principio de la misma? Nosotros pensamos que sí; sin que sea óbice que también lo sea fuera de ella, y porque, además, su elevación a principio hipotecario hace justicia a la peculiaridad del significado y valor de la buena fe en nuestro sistema registral frente a la consideración que se le presta en los modelos comparados.

(320) Así, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. pp. 665-666: «Ahora bien, este hecho no autoriza para sostener que la buena fe constituya un *principio fundamental* en nuestro sistema inmobiliario registral, y por ello críticamente a aquellos autores que en la lista de principios hipotecarios sitúan el de buena fe. No vemos en la buena fe otra cosa que uno de los varios requisitos o circunstancias que la ley exige deben concurrir para que el tercer adquirente pueda gozar de la protección de la fe pública del Registro. El que para ello deba ser el tercero un adquirente de *buena fe* es cosa embebida dentro del principio de la *fides publica* registral ...».

(321) Así, DE LA RICA: *La buena fe...*, cit. pp. 541: «Aunque la buena fe no constituya un principio hipotecario, que en verdad no lo es, sino un presupuesto de toda protección legal ...» y 544: «Ha tomado, pues, carta de naturaleza en la vigente legislación hipotecaria [...] la buena fe, no como un principio especial que la informe, sino como un concepto ético que [...] orienta y gobierna todo el ordenamiento jurídico privado»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, cit. pp. 455-456: «Es impropio hablar de principio de la buena fe. Como principio, la buena fe pertenece al campo general del Derecho civil en todas sus partes, y de él existe una manifestación en Derecho inmobiliario, dentro del principio de la fe pública».

(322) *Op. et loc. ant. cit.*

Efectivamente, el contraste resulta clarísimo en la comparación de nuestro sistema con los latinos. En éstos, la preferencia del comprador que primero inscribe no resulta impedida por el conocimiento que el mismo pueda tener de la existencia de una venta anterior. Ni un tal conocimiento le colocaría en situación subjetiva de mala fe, ni, en general, la particular posición psicológica del tercero contaría para nada al efecto de su protegibilidad registral; tan sólo, y en aplicación de una de esas máximas que por derivar del más elemental instinto jurídico tienen que imponerse sobre la artificiosidad constructiva de cualquier sistema, el concierto fraudulento con el vendedor —*fraus omnia corrumpit*— le impedirá la protección del Registro (323). Se comprende que en la doctrina, sobre todo italiana, esa irrelevancia, en principio, de la buena o mala fe, tenga que alzarse como un escollo necesitado de ser explicado y superado. Se le sorteará diciendo que la buena fe a cuyo servicio se pone el sistema es la buena fe general o en abstracto, y no la del tercero singular en cada caso concreto; o que la falta de inscripción induce una presunción *juris et de jure* de general conocimiento de

(323) Sobre la indiferencia de la actitud psicológica y ética del tercero protegido en el sistema de transcripción, *cfr.*, e.c., en Francia, PLANIOL-RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français. III Les Biens*, París 1926, p. 630: «La bonne foi n'est pas exigée chez le tiers qui oppose le défaut de transcription; son droit demeure le même qu'il ait ou non connaissance de l'aliénation antérieurement consentie. C'est, en effet, une règle générale que tout système de publicité est rigoureusement indépendant de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers»; en Italia, FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare. cit.* p. 43: «Nel sistema della trascrizione lo stato soggettivo del terzo è fatto normalmente irrilevante»; PUGLIATTI: *La trascrizione. cit.* pp. 233-234: «Facendo riferimento alle ipotesi in cui il fenomeno pubblicitario viene a contatto col concetto di buona fede, che qui va inteso come *ignoranza*, di regola la legge richiede l'attuazione della pubblicità, e si disinteressa della buona fede, alla quale non attribuisce particolare rilevanza». En cuanto a que el conocimiento de la venta anterior no supone mala fe: TROPLONG: *op. cit.* pp. 356-357: «Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d'une vente antérieure, non transcrite, ne constitue pas en état de mauvaise foi celui qui achète de nouveau le même immeuble». En cuanto a la descalificación del concierto fraudulento, en Francia, el mismo TROPLONG: *op. cit.* p. 537: «Mais si le second acheteur avait participé à une fraude machinée par le vendeur, pour tromper le premier acheteur; si celui-ci avait été victime moins de sa négligence que d'une manœuvre concertée par le vendeur, de complicité avec le second acheteur; dans ce cas, il serait impossible de laisser la transcription couvrir un acte de la plus insigne mauvaise foi»; PLANIOL-RIPERT: *op. cit.*, p. 631: «Il en est toutefois autrement si le second acquéreur s'estime victime frauduleusement avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur, dans ce cas, l'art. 3 de la loi de 1855 ne peut recevoir application en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*». En Italia se resiste incluso a este límite en la ciega protección otorgada al tercero: así, FERRI: *op. cit.* pp. 45-46, aduciendo razones de seguridad del sistema: «Le precedenti considerazioni valgono a renderci ragione del perchè la dottrina e la giurisprudenza italiana non siano poste nel solco della giurisprudenza francese. Si nega in generale valore attuale al principio secondo cui la frode tutto corrompe».

lo no inscrito (324). Inconsistentes y artificiosas explicaciones, que ni convencen allí donde se las propone (325), ni se avienen con la ineludible función del Derecho: la de dar solución en justicia a los casos concretos (326). Lo más triste es que en nuestra doctrina y para nuestro sistema se las haya dado por buenas (327), ¡Cuando, impregnado del sentido realista y ético del Derecho, GÓMEZ DE LA SERNA dejó dicho, expresamente, que «la ficción de la ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas» (328)! En nuestro sistema

(324) FERRI: *op. cit.* pp. 43 y 44: «È bene subito avvertire, a scanso di equivoci, che l'affidamento del terzo è tutelato in astratto e non in concreto [...] La tutela del terzo di buona fede costituisce il fondamento etico del nostro istituto, il quale ne è tutto permeato, ma non lo strumento tecnico attraverso cui opera la legge. Per vero, la dottrina dominante tende a reintrodurre la buona fede e la mala fede, e quindi l'affidamento, cercando di renderlo operante attraverso un concetto di buona fede (o mala fede) presunta *juris et de jure*. Quando un atto è reso pubblico si presumerebbe conosciuto (mala fede), ignorato (buona fede) in caso contrario».

(325) *Cfr.*: el mismo FERRI, a continuación del texto anteriormente citado: «Il fatto che, secondo la dottrina dominante, si tratti di presunzione assoluta (che non ammette prova contraria), basta ad avvertirci che si troviamo di fronte ad un'inutile sovrastruttura dottrinale».

(326) No podemos admitir en este punto las afirmaciones de FERRI: *op. cit.* pp. 45: «Ma tali ingiustizie, che saranno pur sempre eccezionali, vengono compensate largamente dal grande beneficio che ne riceve la circolazione» y 48: «Per quanto riguarda in particolare i fatti illeciti, per i quali basta la semplice colpa, restando esclusa la necessità di un'intenzione di ledere (dolo), non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso».

(327) Es el caso de CARRETERO: *Retornos*, II, *cit.* pp. 128: «Muchos autores se ocupan precisamente de explicar esta aparente anomalía de que la última justificación de esa prevalencia esté en la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y luego se proteja a quien no se preocupó de averiguar el contenido del Registro, e incluso a quien conocía la inexactitud del mismo. Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada»; p. 131: «En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *Juris tantum* a la presunción *Juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca» Tan desconcertante como estas afirmaciones es que, además, se nos parezca negar el derecho a mantener en este punto posición distinta a la francesa o a la alemana: «Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?» (p. 128).

(328) DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 60.

registral la publicidad favorece a quien pone su confianza en el Registro, considerándolo índice fiable de la realidad; quien conoce la realidad distinta a lo que el Registro publica, deberá estar a dicha realidad. Desde tal punto de vista la buena o mala fe del tercero nunca puede ser una circunstancia indiferente.

En el sistema alemán —de donde se le reputa propio e importado a nuestro en el proceso de su metamorfosis germanizadora— sí que se atiende al requisito de la buena fe, pero en forma distinta a como se hace en nuestro Derecho. Efectivamente, el corte introducido por la abstracción entre el acuerdo transmisivo y el contrato obligacional que lo fundamenta, así como el carácter constitutivo atribuido a la inscripción registral, reducen en gran medida el campo de juego de la buena fe (329), excluyendo de su irradiación salvadora las quiebras de titularidad provenientes del título adquisitivo del titular inscrito y las inexactitudes registrales derivadas de la existencia de derechos provenientes de transmisiones *inter vivos* no inscritas. En tales circunstancias, más que ser la buena fe la chispa que pone en movimiento el mecanismo sanante del Registro, es la mala fe el dato obstativo que lo impide (330). No ocurre así en nuestro Derecho, donde, en expresión de VALLET DE GOYTISOLO (331), es la buena fe la que obra el milagro y salva al tercero.

¿Por qué esta peculiaridad de la buena fe en nuestro sistema registral? ¿Por qué, contra el sistema francés, nunca se puede prescindir de ella y por qué cuando se la toma en cuenta se la enfoca como circunstancia positiva y determinante de la protección registral del tercero? La respuesta es sencilla y está en completa coherencia con la interpretación de la publicidad registral como *fattispecie* de apariencia jurídica. En Francia, donde la publicidad no llega a tanto pero su práctica se impone imperativamente, la ventaja del tercero que se adelanta a inscribir tiene tanto de premio a la presteza de éste como de castigo a quien dejó de hacerlo: en esta perspectiva, la buena fe no cuenta y sólo

(329) Precaviendo contra la hipertrofia de la buena fe en nuestro Derecho, lo advertía NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la propiedad español*, cit. pp. 521-522: «Téngase en cuenta que el B.G.B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en el B.G.B. la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por lo tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos reales legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud».

(330) El enfoque negativo de la mala fe como circunstancia impositiva, aparece en la redacción del § 892 BGB: *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück [...] erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß [...] die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist*. El § 973 del Código Civil suizo, por el contrario, y al igual que el art. 34 de nuestra LH, hace de la buena fe circunstancia positiva y determinante de la protección registral: *Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerb zu schützen*.

(331) VALLET: *La buena fe...*, cit. p. 431.

el concierto fraudulento con el vendedor descalifica positivamente. En Alemania, donde la publicidad desborda su propio cometido convirtiéndose en instrumento intrínseca y artificialmente valedor de lo que a ella se acoge, la buena fe, en tanto que exigencia positiva y razón determinante de la protección del tercero, resulta desplazada y sustituida por la mala fe, como circunstancia impositiva de dicha protección. En nuestro Derecho, en cambio, donde la publicidad registral es sólo y siempre publicidad, instrumento, por tanto, de cognoscibilidad legal *erga omnes*, la protección del tercero está positivamente necesitada de su buena fe y en ninguna otra causa puede fundarse: ni en el valor intrínseco de la inscripción —ni de la ahora causada, ni de la precedente a la que anuda— ni en un supuesto automatismo registral que nunca sería deseable (332).

Aquí llegados, podría quizás objetársenos: Valga lo dicho para la exigencia de buena fe positiva frente a la relegación de la mala fe a circunstancia obstativa; valga que el mantenimiento de la publicidad en los términos de la pura apariencia exija el protagonismo determinante de la buena fe del tercero. Pero ¿y cuando éste es protegido sin previa

(332) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* p. 441: «Si la fuerza motriz no está en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, en la buena fe de éste»; J. GONZÁLEZ: *Principio de buena fe*, *cit.* p. 397: «Esta protección carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro y, lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa situación de titular inscrito»; *Id.*, p. 400: «La investidura —y el Registro de la Propiedad que de ella deriva— es tan sólo la armazón exterior, la forma notificadora del derecho real, y tiene a su favor únicamente la apariencia jurídica, porque es el tipo normal del derecho, la forma con que regularmente entra en la vida. Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la misma inscripción y la buena fe»; ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 669, transcribiendo y asintiendo a LACRUZ: «Como afirma LACRUZ, ciertos autores belgas y no pocos italianos y franceses afirman que la exigencia de la buena fe meramente subjetiva introduce una segunda forma de publicidad y compromete la estabilidad del régimen legal de transmisiones inmobiliarias, haciendo perder valor a la transcripción, cuya característica es funcionar mecánicamente; pero según el referido autor, tales afirmaciones, o son arbitrarias, o no prueban nada. Ciertamente, el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que este automatismo haya de ser considerado (al menos con referencia a nuestro sistema) como un progreso deseable. Al contrario, está en pugna con el fundamento de la tutela del Registro. Ésta, según la opinión más razonable se concede al adquirente como resultado de una *apariencia*. Pero la ley no puede proteger esa apariencia en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo: en el engaño que produce en aquel que confía en ella fundadamente, y a quien impide percatarse de la situación real, pues crear apariencia para proteger a los que no están engañados, a los que conocen la situación real, supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien, sin beneficio de nadie sino de él mismo, comete un acto reprobado por la moral: adquirir, a sabiendas, cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo, porque aparte de esto, el Registro que exige la buena fe es —o puede ser— tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena, nunca debe ayudarle la ley a quedarse con ella. Estas palabras de Lacruz las suscribimos sin género de duda...».

inscripción en la que pueda confiar? En tal caso, sin previa apariencia registral, tampoco valdría la razón que hemos dado para fundamentar la exigencia de la buena fe y para calibrar su significado. Ciertamente, sin previa inscripción, la protección del tercero no puede fundarse en la confianza prestada por éste al Registro. ¿Valdrá aquí la solución latina de la irrelevancia de la buena fe y el premio a quien inscribe por el hecho de hacerlo? En la interpretación jurisprudencial del art. 1.473 CC tenemos clara y terminante la respuesta. Ningún inconveniente en admitir que el adelantarse a inmatricular pueda ser motivo decisivo de la protección legal; pero siempre contando con que para entrar en el círculo de los «preferibles» es necesario haber actuado de buena fe, esto es: desconociendo la existencia de compraventa alguna anterior y creyendo, por tanto, que el vendedor se encontraba en situación de libertad contractual y dispositiva. Ello añadido, podemos ya concluir sobre la peculiaridad de nuestro sistema registral en materia de buena fe: A diferencia de lo que ocurre en Francia y en Italia, nunca se prescinde de su necesidad, ni siquiera cuando el tercero que inscribe no pudo contar con una previa situación de apariencia registral en la que poder confiar; existiendo tal apariencia, la buena fe es la razón determinante de la protección del tercero. Esta indeclinable exigencia y esta peculiar significación de la buena fe es la que nos lleva a propugnar para ella la consideración de principio hipotecario en nuestro Derecho.

Exigida siempre; con alcance de principio hipotecario ..., ¿cuál es su concreto y completo contenido? Es la tercera de las cuestiones que nos habíamos propuesto, y a la que hemos de entrar ahora a responder.

En paralelo al enfoque negativo y positivo de la buena fe posesoria, según es habitual distinguir (arts. 433 y 1950 CC), y tomando como pauta la literalidad del art. 34 LH, la buena fe hipotecaria se podría describir negativamente como desconocimiento de la inexactitud del Registro, o, positivamente, como creencia de que la persona que aparece como dueño en el Registro, lo es en la realidad y tiene facultades para disponer de su derecho (333). Claro está que la buena fe así descrita es sólo la que podríamos llamar buena fe hipotecaria ordinaria o más frecuente. Si hemos admitido antes que se puede dar algún supuesto de protección hipotecaria sin previa inscripción, tendremos ahora que dar cabida a una buena fe no formada en torno a la confianza en la apariencia registral. El comprador sucesivo que inmatricula cree que su transmitente es dueño y, por desconocer la existencia de venta anterior alguna, que tiene expedita y libre su facultad dispositiva. En todo caso, en cuanto se trata de una buena fe involucrada en la formación del pro-

(333) Una definición técnica, aunque incluyendo elementos que no todos admitirían, en VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* p. 444: «Es la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión en concepto de dueño, de que aquel es el titular real y puede disponer de su derecho».

ceso decisorio y consistente en el desconocimiento de alguna circunstancia que objetivamente invalidaría el acto adquisitivo, la buena fe hipotecaria nos sitúa dentro de la que se suele distinguir como buena fe subjetiva, frente a la buena fe en sentido objetivo o como canon de comportamiento honesto y leal.

Entendida la buena fe hipotecaria como un particular supuesto de la buena fe en sentido subjetivo, se plantea inmediatamente el problema de la determinación de sus ingredientes: ¿Comprende, además de su componente de error, la dosis de diligencia normalmente exigible? Sabido es que en torno a esta materia está suscitada de antiguo la contienda entre las concepciones psicológica y ética de la buena fe, así denominadas, simplificando mucho, porque para la primera bastaría el estado psicológico de desconocimiento, mientras que para la segunda dicho desconocimiento deberá ser inexcusable; esto es: padecido no obstante el empleo de la normal diligencia (334). Nosotros, en este punto, nos alineamos en la denominada concepción ética de la buena fe: la que entiende que la diligencia es en ella ingrediente necesario (335). Nos llevan a entenderlo así razones de muy diverso tipo, pero en las que las más generales y de fondo prevalecen siempre sobre las exegéticas y más menudas. Por una parte, el recurso a la misma denominación «buena fe» para hacer referencia a este género de situaciones subjetivas de desconocimiento, implica ya que en ellas hay algo más que error: bastaría, de lo contrario, con emplear esta sola palabra para tantas veces se hace en Derecho. Por otra, si al que yerra en torno al estado de cosas existente se le favorece jurídicamente sólo por ello, haciendo que tal error no le perjudique y que para él todo resulte como si las cosas fueran según las creyó, habría que soportar sin protesta las ironías de NÚÑEZ LAGOS sobre el premio registral a la ignorancia, el *tertius insipiens* y la conversión del Registro en *asylum ignorantiae* (336) y,

(334) Para los términos de la discusión y su exacto significado, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil*, AAMN, XXIX p. 8 y ss.

(335) Es esta la postura defendida, señaladamente, por VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* pp. 442-445. Contrarios a ella, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 458: «... el conocimiento o desconocimiento basta por sí solo para provocar la mala o buena fe, con absoluta independencia de la intención del adquirente y de la conducta de éste» y 459-460: «En nuestro sistema no cabe exigir una especial diligencia. Precisamente la circunstancia de que la exija especialmente el art. 36, demuestra que la regla general es la contraria»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 311-315; MIQUEL, aunque no con absoluta seguridad, *op. cit.* pp. 19: «En el supuesto del artículo 34, 2.^o, se vuelve a considerar por el legislador decisivo tan sólo el conocimiento sin mencionar para nada la diligencia. Se trata de un estado intelectual con independencia de la causa del mismo» y 22: «De todo ello resulta que el citado artículo 36 de la L.H. no es base segura para generalizar un concepto de buena fe en el que sea esencia la incompatibilidad con la culpa».

(336) NÚÑEZ LAGOS: Don JERÓNIMO, *cit.* p. 9: «Mientras tanto al tercero no se le protege si es *homo sapiens* y sólo alcanza inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un *asylum ignorantiae*».

más en general, las acusaciones dirigidas contra la doctrina de la protección de la apariencia jurídica como tabla salvadora de atolondrados y negligentes (337). Si el Derecho da protección al tercero de buena fe, tiene que ver en él algo más que un mero desconocedor o ignorante. El mero error lleva en el orden civil a la ineficacia que provoca el vicio de la voluntad. Cuando lo actuado no se resuelve en la ineficacia sino que resulta positivamente mantenido y tratado en sus consecuencias como si fuera realidad lo que erróneamente imaginaba el tercero, es porque el error se ve envuelto en una actitud personal merecedora de tutela en Derecho. En nuestra opinión estas razones valen más —sin que tampoco este dato sea desdeñable— que la referencia legal a la diligencia en el art. 36 de la Ley Hipotecaria. La filosofía de la Ley, que no tiene por qué explicitar o desarrollar en cada caso lo que en general entiende por buena fe subjetiva, quedó manifiesta al concretar la Exposición de Motivos de 1861 el sentido preciso de la publicidad registral: «Consiste ésta en que [...] no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, *sin haberla cometido ni podido conocer* adquiera la finca gravada» (338). A partir de esta idea se articulará la forma concreta de solución a las cuestiones que sucesivamente vayan planteándose en el desarrollo de la ley, siempre evitando que el dolo o la incuria de uno pueda convertirse en daño de otros «que hubieran obrado con buena fe y diligencia» (339). También en GÓMEZ DE LA SERNA se encuentra alguna afirmación lapidaria sobre la filosofía de la Ley en esta materia: «la Ley le protege [al adquirente] contra lo que no puede conocer, no contra lo que por negligencia deja de averiguar cuando tiene medios para conseguirlo» (340).

Lo dicho sirve, en nuestra opinión, para fundamentar con toda solidez el ingrediente de diligencia necesario en la buena fe. No obstante, antes de dejar cerrada su argumentación, se hace necesario salir al paso a una dificultad, importante a primera vista, que de adverso podría objetársenos. Si la publicidad no basta por sí sola para proteger al tercero; si el tercero, no obstante la previa inscripción en favor del transferente, tiene que cerciorarse diligentemente del derecho de éste, ¿no estare-

(337) Sobre ello, y sobre la necesidad de diligencia en el tercero protegido en la doctrina de la apariencia, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...* cit. pp. 276 ss.

(338) E. M., p. 228. Habría otros textos en igual sentido, e.c., p. 237, al desechar el sistema transmisivo francés: «... da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que *no ha podido tener conocimiento*».

(339) E.M., p. 279.

(340) DELA SERNA: *op. cit.* p. 633.

mos arrinconado ahora la que tantas veces hemos destacado como finalidad determinante de la instauración del Registro, esto es: su misión plenamente aseguradora del tráfico inmobiliario? No es así. Es perfectamente posible, y al mismo tiempo sumamente sencillo, armonizar la función aseguradora de la publicidad con la diligencia exigible al tercero por ella protegido. En la hipótesis ordinaria la consulta al Registro constituye el modo diligente de informarse sobre el derecho del transmitente. Así se justificó el Registro: como medio de accesibilidad con garantía de fiabilidad a una información que con frecuencia, incluso tras la investigación mas cuidadosa y exigente, resultaba imposible. Ahora bien, reconocer esto y admitir que al tercero que consulta el Registro no se le debe añadir, en principio, carga alguna de comprobación extra-registral complementaria, no equivale a negar el componente de diligencia necesario en la buena fe. La consulta al Registro no exime del deber de diligencia, sino que implica haberlo observado. Y no se nos replique diciendo que de este modo, coincidiendo en la realidad con la tesis que limita la buena fe a la pura y aséptica situación de desconocimiento, mantenemos un deber de diligencia sólo nominal o vacío (341), porque sólo integrando la diligencia en el contenido de la buena fe, será posible negar la protección del Registro a quien alega efectivo desconocimiento de lo no inscrito, cuando ésto, por «herir los sentidos» —en expresión muy repetida de nuestra jurisprudencia— o por existir en su ámbito próximo, pudo y debió serle conocido (342). Creemos que sólo este concepto más rico de la buena fe es coherente hasta el final con el significado relativo de la publicidad registral, que, lejos de hipostasiar artificialmente y con consistencia objetiva la realidad de lo publicado, se limita en nuestro Derecho a ser el medio manifestador al cual puedan atenerse quienes, observando el comportamiento exigible para ser acreedores de tutela jurídica, en él hayan confiado. Es cierto que la organización del Registro y los controles y garantías de la registración, permiten entender, en principio, que el tercero que se atiene a lo inscrito actúa de buena fe; que la inscripción permite fundar la creencia en la realidad y verdad de lo inscrito. Pero nada impide, en concreto, que lo inscrito no sea real, y que lo real no inscrito sea cono-

(341) Algo así parecería desprenderse de las palabras de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 459-460: «En nuestro sistema no cabe exigir una especial diligencia. [...] Por otra parte, si acudiéramos al tipo normal de diligencia exigido en nuestro Derecho, la de un buen padre de familia, llegaríamos a la misma solución, ya que esta general diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca o derecho real».

(342) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), p. 198: «Es el caso [derechos reales patentes] de las servidumbres aparentes, que por su visibilidad no pueden ser desconocidas por el tercero, perjudicándole como si constasen inscritas; su ignorancia, aun real y verdadera, sería inexcusable». Mantiene también la carga ética de diligencia exigible en el adquirente, aunque advirtiendo que no se la debe exagerar, Díez-PICAZO: *Fundamentos, cit.* p. 397.

cido por el tercero, o cognoscible al mismo por presentar al exterior indicios de su existencia. Al fin y al cabo, la publicidad constituye una manifestación de la apariencia jurídica, artificial, provocada, e incluso legalmente privilegiada, pero no su única manifestación posible. A lo primero de lo antes indicado, esto es: a la general fiabilidad de la inscripción, responde la presunción legal de buena fe en el tercero (art. 34 II LH), que en dicha fiabilidad objetiva encuentra su específico y positivo fundamento (343); a lo segundo, es decir: a su relatividad en función de la situación del tercero a quien se dirige, la prevalencia de la apariencia posesoria sobre la registral cuando el tercero, al adquirir, la «conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla» (art. 36, a) LH).

De acuerdo con lo anterior, podemos terminar exponiendo el contenido de la buena fe hipotecaria aplicando a la misma la descripción general de la buena fe tutelada en la doctrina de la protección de la apariencia. Consistiría en «una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable, y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (344). Así concebida, la buena fe subjetiva, más que una forma distinta y contraponible a la buena fe en sentido objetivo, resulta, con esta última, una perspectiva o enfoque de la realidad unitaria y global de la buena fe (345).

2. PRINCIPIOS INSTRUMENTALES ORGANIZADORES

La finalidad pretendida para la publicidad, y la intensidad de los efectos que de ella se hacen derivar, va a determinar la forma de organización del Registro y la elección de los requisitos impuestos a la registración. De nuevo quedará de relieve en esta materia la peculiaridad de nuestro sistema registral. Sus principios organizadores, mucho más desarrollados que los del sistema francés, tampoco van a coincidir con los germánicos. Veámoslo exponiendo a grandes trazos cada uno de tales principios.

1.º *Principio de publicidad formal.* Cuando la Exposición de Motivos de 1861 explicaba el sentido preciso atribuido al término «publicidad», después de haber hecho referencia a la desaparición de las

(343) Sobre la objetividad de la apariencia jurídica como fundamento de la presunción de buena fe, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente*, cit. pp. 285 y ss., esp., p. 288: «Lo que en un principio parecía simple inversión de la carga de la prueba de la buena fe, resulta ser, examinado más de cerca, el medio elíptico de su demostración (presunción *juris tantum*), comprendida en la simple alegación de su causa determinante».

(344) Cfr. de nuevo, nuestra *La representación aparente*, cit. pp. 271-272.

(345) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, cit. pp. 173-178.

hipotecas ocultas y al efecto general de la inoponibilidad de los derechos no inscritos, terminaba diciendo que la publicidad consiste «en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes. No son de temer en este sistema —añadía— pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito» (346).

He aquí, tras el aspecto sustantivo o material de la publicidad, su dimensión formal: la accesibilidad de la noticia registral a todo interesado en su conocimiento. «A su desenvolvimiento —por ser la publicidad una de las bases fundamentales de la Ley Hipotecaria, dirá más adelante la Exposición de Motivos, bajo el epígrafe «De la publicidad de los registros»— ha destinado la Comisión un título del proyecto. La publicidad puede darse por medio de exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con que pueden acreditarse en perjuicio de tercero, la propiedad o gravámenes de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes» (347).

De nuevo, la forma de acceso a la noticia registral, e inmediatamente a continuación, la indicación de su virtualidad sustantiva. Es que, siendo el efecto material de la publicidad inconcebible sin contar con la posibilidad de los terceros de obtener efectivo y fácil conocimiento de lo que el Registro publica, toda la organización del Registro —señaladamente, su organización territorial— se pergeña en función de la llamada publicidad formal (348). Es ello lo que justifica la elevación de esta última al rango de los principios hipotecarios adjetivos u organizadores.

En el tratamiento doctrinal ordinario de los principios hipotecarios, la publicidad formal es objeto de somera referencia dentro del principio de publicidad y como aspecto diferenciado de la misma (349).

(346) E. M., p. 228.

(347) E. M., p. 314.

(348) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios...», cit. p. 395: «Los fines sociales y jurídicos que la fe pública del Registro persigue no se alcanzarían si no se estableciera para hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permita a los interesados conocer, sin grandes investigaciones ni gastos, las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y el contenido de los asientos que puedan afectarles. Contribuye en primer lugar a tal resultado la organización territorial de nuestro sistema hipotecario ...».

(349) *Vid.*, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. ant. cit.* pp. 395-396; CAMPUZANO: *op. cit.* p. 62; NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.* p. 55; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297-298 y 314-316 LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 51-52.

Habiendo destacado nosotros la publicidad registral de los derechos reales como una de las bases de nuestro Derecho de Cosas, y descompuesto lo que antaño constituía el objeto del principio sustantivo de publicidad en las distintas manifestaciones de la misma que hoy reciben tratamiento como principios separados, debemos ahora, y en plena congruencia con su dimensión formal, traer a este lugar, como primer principio hipotecario adjetivo u organizador, esta básica derivación de la publicidad consistente en la accesibilidad de la noticia registral a todo interesado en su conocimiento.

2.^o *Principio de especialidad o determinación.* El principio de especialidad nos salió ya al paso al enumerar y exponer las bases de nuestro Derecho de Cosas. Es que, como afirma la común doctrina, su contenido puede ser proyectado en una doble dirección: sustantivamente, hacia la caracterización de los derechos reales, e instrumentalmente, hacia la organización del Registro y la determinación de la forma y contenidos de la publicidad (350). Es en esta segunda proyección donde la especialidad se erige en principio hipotecario organizador. Nosotros, al ocupamos de ella inmediatamente a continuación de la publicidad formal, vamos a reconocerle la preeminencia que, en cuanto complemento imprescindible de la publicidad (351), se le atribuyó en los momentos fundacionales de nuestro Derecho Registral, y la que, en dicho concepto, efectivamente le corresponde como criterio co-inspirador, el más radical y determinante, de la organización del Registro.

En efecto, a la especialidad como complemento de la publicidad se había referido ya LÚZURIAGA en términos coincidentes en el fondo

(350) Cfr. CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 62-63: «La especialidad, lo mismo que la publicidad puede manifestarse en una *forma sustantiva* y en una *forma adjetiva*. La primera exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos [...]. En su *forma adjetiva* la especialidad he de regular la forma y requisitos de los asientos, el modo de llevar los Registros, la descripción de las fincas, etc.» (subs. del a.); GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de especialidad*. «Estudios ... », *cit.* p. 428: «Sus desenvolvimientos modernos [del principio de especialidad], de carácter sustantivo o material y adjetivo o formal, penetran en la entraña de los derechos inscritos, regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros, imponen una exacta descripción de las fincas, y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, *cit.*, p. 208: «[...] es indudable que [la especialidad] se extenderá: 1.^o Desde el punto de vista sustantivo, a la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos [...]. 2.^o Desde el punto de vista formal, a la determinación de la forma y lugar de practicarse los asientos y el modo de llevarse el Registro, como complemento indispensable de la publicidad formal». En la doctrina alemana, MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 292: «Das Spezialitätprinzip kommt ebenfalls materiellrechtliche und formellrechtlich vor».

(351) LÚZURIAGA: *op. cit.* p. 931: «la *especialidad* [sub del a.] es el complemento necesario de aquel principio» [el de la publicidad]; *Exposición de Motivos de 1861*, p. 231: «La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad».

con los que después mantendrá la Exposición de Motivos de 1861. Sin especialidad, decía el primero, sería imposible conocer la verdadera situación de los inmuebles (352); según la segunda, sólo puede decirse que una hipoteca es pública «en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía» (353). Son dos privilegiados exponentes de la centralidad de la especialidad, de las direcciones sustantiva y registral de sus irradiaciones, y de su inseparabilidad respecto de la idea misma de la publicidad. Sustantivamente se traduce en la abolición de las hipotecas generales; registralmente, en la determinación de los elementos que han de constar en la inscripción; y su inseparabilidad de la publicidad aparece en la afirmación de que una publicidad inconcreta no sería verdadera y efectiva publicidad. En tal forma, más que añadido externo y complementario, la especialidad es nota interna y necesaria de la publicidad: corolario (354) o secuela (355) de ella, más que su complemento. De otra parte, como organizadora del Registro, la especialidad inspira, desde la adopción del sistema de publicidad por fincas o folio real (356), hasta la determinación de la forma y contenido de los asientos registrales (357). Bien está, pues, que en atención a su prioridad lógica le demos preferencia en el orden de exposición de los principios organizadores.

En su *ultima ratio* el principio de especialidad sirve a la idea de claridad (358), y en su aplicación al Registro se traduce en la determinación

(352) LUZURIAGA: *op. et loc. ant. cit.*: «Pero la publicidad no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la *especialidad* es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un bien inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación; de otro modo no puede ser racional el consentimiento, recayendo sobre medios desconocidos para cumplirla».

(353) E. M., *loc. ant. cit.*

(354) Así, Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.* p. 292: «Como un corolario del principio de especialidad habría de consagrarse muy pronto el llamado de *especialidad*» (sub. del a.).

(355) Así, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 208: «Aun considerado como secuela o complemento del de publicidad ...».

(356) Sólo el sistema de folio real permite que, como decía LUZURIAGA: *op. cit.* p. 931, cada inmueble presente en el Registro un verdadero balance de su situación. Para JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.*, p. 428, es consecuencia lógica de la especialidad: «1.º La cimentación del sistema sobre la inscripción de superficies deslindadas del globo terrestre, descritas con arreglo a pautas rígidas en asientos numerados correlativamente y extendidos sobre folios separados. La finca entidad hipotecaria, es el soporte jurídico de los derechos reales que a ella se refieren, y responde a la necesidad de especializarlos o especificarlos». Afirman también la derivación del folio real del principio de especialidad, COSSÍO: *op. cit.* p. 71; DE CASSO: *op. cit.* p. 178; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 59; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 552-553.

(357) Como decía D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, las exigencias de la especialidad «transcenden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos [...] regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros [...]».

(358) BAUR: *op. cit.* p. 31: «Mit ihm soll vor allem der Rechtsklarheit gedient werden».

exacta y precisa de la noticia registral acerca del derecho inscrito. Impone, en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA, «que las inscripciones sean claras, precisas y den noticia exacta de todo lo que pueda conducir para que los que acudan a consultar los Registros, formen una idea verdadera de la propiedad inmueble, de su extensión, de los títulos en que se funda, de las cargas, gravámenes y obligaciones a que está afectada, de la seguridad que ofrece a los que la adquieren y de las garantías con que pueden contar los que presten sobre ella capitales» (359). Se ha pasado así, sin solución de continuidad, de la base sustantiva de la especialidad de los derechos reales (*Spezialität*) al principio de la determinación (*Bestimmtheitsprinzip*) de su noticia registral (360).

En nuestro moderno Derecho de la publicidad inmobiliaria, la especialidad, como coesencial con la publicidad en el modelo germánico adoptado, ha estado siempre presente en la inspiración y plasmación del sistema registral: más embrionariamente en el Proyecto de 1851 (361),

(359) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 508. Con anterioridad, LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944: «Que todo título que se admita en el Registro debe contener la expresión más inequívoca de la persona de los contrayentes, lo dicta la razón y lo establecen las leyes de todos los países; y que deben además aquellos títulos designar los bienes que son objeto de la inscripción con toda individualidad, es una consecuencia necesaria del principio de *especialidad*. [...]». En la doctrina actual, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 58: «[...] se trata de conseguir la univocidad más absoluta en las manifestaciones del Registro, para lo cual es preciso que la inscripción pueda publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre que recae, el contenido del derecho y la proporción que al titular corresponde»; para el desglose de las exigencias de la especialidad en su proyección registral, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 552-554. En Alemania, MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 292: «Das Spezialitätsprinzip kommt in der GBO darin zum Ausdruck, daß überall Klarheit des Buchinhalts angestrebt wird».

(360) Sobre la doble denominación del principio, JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de especialidad*, *cit.*, p. 428: «Como el principio iba adquiriendo mas amplitud de la que correspondía a la antítesis (*general-especial*), Regelsberger propuso la sustitución del término corriente por la frase principio de determinación (*Bestimmtheitsprinzip*), de igual modo que nuestro SÁNCHEZ-ROMÁN añade el principio de determinación al de publicidad y especialidad para poner de relieve que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, debe *determinarse* la cantidad o parte del gravamen de que cada una debe responder»; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, *cit.* p. 143: «Sobre la finca perfectamente identificada funciona el principio de especialidad: No es posible un derecho real sino en tanto en cuanto afecte a una finca concreta e individualizada. No caben hipotecas ni otros derechos reales *generales* sobre el patrimonio genérico del deudor [...] Este principio de especialidad, cuando de hipotecas se trata sufre un mayor rigor, y se habla de principio de determinación. Además de una finca individualizada, hay que reseñar (art. 12) el importe de la obligación garantida [...]».

(361) LUZURIAGA *op. cit.* p. 931: «[...] en Alemania [...] se ha llevado el rigor de la *especialidad* de las hipotecas hasta el último punto; allí cada inmueble presenta en el Registro público un verdadero balance de su situación; nuestro proyecto no va tan allá, porque no es prudente improvisar un sistema absoluto, pero deja a los reglamentos la facilidad de perfeccionarlo progresivamente» Sobre ello, *Cf.* OLIVER: *op. cit.* pp. 72-73.

satisfactoriamente desarrollada en 1861 (362), y perfeccionada mediante algunos retoques en la reforma de 1944-46 (363). Sin necesidad en el presente contexto de entrar en el detalle de sus manifestaciones, baste destacar que en nuestro Derecho, al tener que conjugarse con el principio causalista y con el de libre creación y configuración de los derechos reales (*numerus apertus*), la especialidad exige un mayor esfuerzo descriptivo que en el Derecho alemán, debiendo especificarse en la inscripción el concreto contenido del derecho registrado (364) y

(362) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 448, comentando el art. 9, y concordantes, de la Ley: «En el conjunto de todas estas disposiciones se ve que su espíritu dominante es que con claridad y precisión conste la identidad de la finca, la naturaleza y extensión del acto o del contrato que se inscribe, la identidad, capacidad y autoridad en su caso de las personas que intervienen en ellos, y la conformidad de la inscripción con el título».

(363) Dice al respecto la E. M. de 1944: «El principio de especialidad se consolida al suprimir los cuatro últimos párrafos adicionados al art. 8.^o de la Ley en la reforma de 1909. La facultad que en el mismo se reconocía de inscribir los treudos, servidumbres, censos y demás derechos de naturaleza real en hoja especial y bajo un solo número, no ha tenido eficacia práctica y chocaba contra la orientación general del sistema, cimentado en la más rigurosa especialidad». Concreta los retoques al principio de especialidad en esta reforma, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 118: «c) *El de especialidad*, suprimiendo como entidades hipotecarias los derechos reales que gravaran dos o más fincas (art. 8.^o), determinando con toda exactitud la idea del folio registral (art. 13), precisando el modo de ingresar los derechos en el Registro (arts. 14, 15 y 29) y estableciendo la necesidad de distribución del precio aplazado, cuando fuere objeto de especial garantía (art. 11)».

(364) Aparece con claridad en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 454-455: «En las mismas razones que quedan expuestas, se funda la prescripción que a continuación de la antes mencionada pone el Reglamento, a saber, que cuando no se dé al derecho que se ha de inscribir nombre en el título, no se designe tampoco en la inscripción. Aquí habría además de los inconvenientes que dejamos expuestos al tratar del nombre mal usado en el título, el de que no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al Registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él sin duda los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre contratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procurarían agotar el legislador, por casuísticas que hiciera las leyes, y mucho menos si conociendo la índole de su misión, las inconveniencias de empeñarse en resolver soberanamente lo que sólo puede ser obra de la jurisprudencia, y la inutilidad de hacerlo, porque entrando en este camino la materia es infinita, se circunscribe a dictar reglas para los casos frecuentes y algunas disposiciones generales respecto a todos los derechos y obligaciones que no formula bajo denominaciones especiales». Al esfuerzo descriptivo indicado en el texto, se refiere la E.M. de 1944 con las siguientes palabras: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus*, y en que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil».

la causa (365) que lo fundamenta.

3.º *Principio de registraci3n por fincas o de folio real*. El criterio de registraci3n por fincas no suele incluirse en las enumeraciones «can3nicas» de los principios hipotecarios, y, desde una concepci3n rigurosa de tales principios, podr3a quiz3s pensarse que con raz3n, ya que, seg3n acabamos de ver, tal criterio resulta una consecuencia del principio de especialidad. De todos modos, no siendo completamente absoluta la relaci3n de necesidad entre especialidad y folio real (366), ni forzosamente ileg3tima la admisi3n de principios en conexi3n de derivaci3n respecto de otros m3s b3sicos, pensamos que la consideraci3n del criterio de registraci3n por fincas como principio con entidad propia, adem3s de l3gicamente correcta, resulta objetivamente justificada por destacar y hacer justicia a la transcendencia del mismo como quicio organizador de la llevanza del Registro (art. 243 LH). As3 se hace cuando en la doctrina suiza se habla de un *principe du classement r3el* (367), o cuando en la nuestra se enumera la foliaci3n real entre las «reglas fundamentales» (368) del sistema o se la considera como una de las «caracter3sticas» (369) del mismo. Entre nosotros, expresamente, MORELL la consideraba como principio hipotecario adjetivo o norma b3sica de organizaci3n y funcionamiento del Registro (370).

Hab3a ya mantenido LUZURIAGA (371) que el Registro deb3a organizarse de forma que cada inmueble presentara en el mismo un verdadero balance de su situaci3n. Se entiende as3 que el principio de registraci3n por fincas, presente ya en el Proyecto de 1851 (art. 1819), pasara a la Ley Hipotecaria de 1861, constituyendo —en la apreciaci3n de ROCA SASTRE (372)— uno de sus principales

(365) RDGR de 11 de junio de 1993: «La exacta especificaci3n de la causa es imprescindible para accederse a la registraci3n de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinaci3n registral, como por ser la causa presupuesto l3gico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la funci3n calificadora en su natural extensi3n, y despu3s practicar debidamente los asientos que procedan (*vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193. 2.º del Reglamento Hipotecario*). T3ngase en cuenta, adem3s, el diferente alcance de la protecci3n que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en funci3n de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (*vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria*)».

(366) *Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: Sistemas hipotecarios...*, *cit.* p. 110: «Aun en los reg3menes que admiten el folio com3n (*personal*), conserva la finca su propia individualidad, sin que se permita la inscripci3n de una parcela indeterminada».

(367) As3, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 6-7.

(368) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968), p. 64.

(369) DE CASSO: *op. cit.* pp. 67-68.

(370) MORELL: *op. cit.* pp. 81-82.

(371) LUZURIAGA *op. cit.* p. 931.

(372) ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, *cit.* p. 603.

aciertos (373). Mediante él, nuestro Registro, apartándose diametralmente del francés, se alinea en la corriente germánica, pero sin identificarse con lo que en este punto serán finalmente el Registro alemán o el suiz. En estos, el sistema de folio real se adiciona con el del «encasillado»; en el nuestro, la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales impone un folio real sin casillas (374), donde, con la amplitud necesaria, puedan inscribirse los actos y contratos que, a la medida del concreto interés de las partes, configuran los derechos que el Registro publica. ¿Lamentable merma de la claridad y sencillez del Registro (375)? En nuestra opinión, el precio -por cierto nada gravoso- de una libertad que sólo con violencia podría sofocarse. Desarrollarlo supone pasar al principio siguiente.

4.º *Principio de registración mediante inscripción.* Tampoco la peculiaridad de la registración mediante inscripción suele destacarse en nuestra doctrina como principio hipotecario, y, a nuestro juicio, bien que debería hacerse, ya que, aunque la configuración de la inscripción como forma principal del asiento registral sea una derivación del principio de especialidad (376), ni es sólo eso, ni cuando lo es, constituye su derivación necesaria. No es sólo eso, porque a la configuración de la inscripción concurren en medida no inferior al principio de especialidad algunas de las bases de nuestro Derecho de Cosas. Y no

(373) Con todo, CARRETERO: *Retornos...* II, *cit.*, p. 83, precaviendo contra el excesivo optimismo acerca de la bondad de nuestro sistema, advierte en este punto: «1. El sistema de registración por fincas. No hay duda que éste es el mejor sistema; pero haremos muy mal en sentirnos descansados y tranquilos con decir que la Ley española sigue en esto el mejor sistema, porque la verdad es que éste requiere una serie de presupuestos adyacentes que en nuestra Ley no se dan. Será bueno, por tanto, detenerse a pensar en los grandes inconvenientes del sistema de registración por fincas en tanto falten esos presupuestos, no, naturalmente, para defender la sustitución del sistema, sino para conseguir la implantación de sus necesarios presupuestos».

(374) Aunque de «casillas» se habla en la E. M. de 1861, p. 308 [«La Dirección del Gobierno será, cada vez que se renueven los Registros, una nueva advertencia a los Registradores de que tienen rigurosamente que ajustarse a las formalidades establecidas por la ley y reglamentos. llenar las casillas y hacerlo todo con entera sujeción a lo que se halle prevenido»], lo cierto es que, como admite el común de la doctrina [*cf.*, e.c., CASSO: *op. cit.* p. 340 y COSSÍO: *op. cit.* p. 72], la distribución de nuestro folio registral no responde al rígido sistema del encasillado.

(375) Así lo consideran COSSÍO y DE CASSO en los lugares citados en la nota anterior.

(376) *Cf.* LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944: «Que todo título que se admita en el Registro debe contener la expresión más inequívoca de la persona de los contrayentes, lo dicta la razón y lo establecen las leyes de todos los países; y que deben además aquellos títulos designar los bienes que son objeto de la inscripción con toda individualidad, es una consecuencia necesaria del principio de *especialidad*, y por eso ha sido consignada esta disposición por todos los Códigos en la medida en que han aceptado ese principio ...»; COSSÍO: *op. cit.* p. 160: «Se apoya y refleja, como ningún otro asiento, el de inscripción, en los llamados principios de *especialidad* y de *determinación*» (los subs. son de los respectivos aa.)

es derivación necesaria —por única— de la especialidad, porque la técnica del encasillado aparece hoy como una alternativa a nuestra inscripción igualmente derivada del principio de especialidad e inspirada por él.

Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, teniendo a la vista el doble modelo de la transcripción y de la inscripción, y después de haber ponderado sus respectivas ventajas e inconvenientes, eligieron el de la inscripción (377), que GÓMEZ DE LA SERNA, en su comentario a la Ley, conceptuará como «el extracto breve, aunque bastante expresivo que se pone en los Registros del acto o documento que se inscribe» (378). Después vendría la forma del encasillado con su riguroso concisismo uniformante y mutilador de los derechos reales, de imposible encaje en nuestro Derecho por ser prácticamente incompatible con el criterio del *numerus apertus* (379) y muy difícilmente compaginable con el

(377) Cfr. E. M. de 1981, p. 248: «¿Deberá trasladarse al Registro copia literal de las escrituras de todos los actos traslativos de la propiedad y de los que la modifican, o solamente se pondrá en él un extracto de la escritura? En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción? Nuestro Derecho hasta ahora ha preferido la inscripción, no hubiera esto sido motivo suficiente para decidir a la Comisión, si la inscripción no fuese bastante, a fin de dar a la propiedad, a los demás derechos en la cosa, a la contratación y al crédito, toda la firmeza que se busca al reformar la legislación antigua.

Las legislaciones modernas no están acordes respecto a este punto: unas transcriben, otras inscriben. La transcripción tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores a que puede dar lugar un extracto mal hecho, y de necesitar menos capacidad en los Registradores. Al lado de estas ventajas tiene grandes inconvenientes, nacidos de la complicación y abultado volumen de las titulaciones, de la poca sencillez y precisión de los formularios de las escrituras, que, aun dado caso que se reformaran desde luego, no podría remediarse el mal respecto a los títulos anteriores, y sobre todo el de que las enajenaciones y constitución de los derechos reales de poco valor difícilmente compensaría los gastos que requiere. La Comisión ha creído que la inscripción minuciosa que propone, las fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias que se han de hacer constar en los Registros, los modelos que acompaña y las precauciones que adopta para que no se eluda la Ley, satisfacen cumplidamente a las ventajas de la transcripción, salvando sus inconvenientes».

(378) SERNA: *op. cit.* p. 227.

(379) Vid. MORELL: *op. cit.* p. 94: «Seducirá tal vez el sistema alemán y el australiano [...] pero como, desgraciadamente, son raros los casos en que no se estipula algo que excede de la naturaleza del contrato, resultaría imposible llevar el libro encasillado por la gran extensión que habría de darse a la casilla de las condiciones, a fin de que pudieran escribirse literalmente como está mandado y como debe hacerse para que al verificar el extracto de las mismas no se cometa error y resulte el Registrador interpretando el valor gramatical y el jurídico, no sólo de la frase, sino también del período»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 15: «Donde se admita un sistema de *numerus clausus*, de derechos tipificados en la ley rígidamente y en número limitado, no sólo será posible un sistema de inscripción, sino que bastará que ésta exprese el *nomen juris* del derecho para que quede perfectamente descrito. Donde rija un sistema de *numerus apertus*, la inscripción habrá de delimitar el derecho configurado en el título inscribible, y para ello será a veces precisa una verdadera transcripción de éste». Desde este punto de vista llama la atención el difícil intento de COSSÍO: *Proyecto de Bases...* pp. 160-161, al propugnar simultáneamente el mantenimiento del sistema de *numerus apertus* (Base 5.^a) y la adopción del encasillado (Base 8.^a).

causalismo de nuestro sistema transmisivo (380).

He aquí, pues, de nuevo, manifestada ahora en la forma de la toma de razón, la peculiaridad de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria: Desechada, de una parte, la transcripción francesa (381), como la forma propia de un Registro de folio personal adaptado a la idea de una publicidad meramente preclusiva, y sin posibilidad, de otra, de instaurar un sistema de encasillado (382), por incompatible con los

(380) COSSÍO: *op. cit.* p. 72: «Hacia ese ideal de claridad [el encasillado], difícilmente adaptable a nuestro régimen hipotecario, que se funda en los títulos y no en el mero consentimiento abstracto de constituir, transmitir, modificar o extinguir una relación jurídica real ...»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: en WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 207: «Esta desproporción [la que se produce entre las formas alemana y española de toma de razón en el Registro] deriva de la diferencia de sistema, pues mientras en el derecho alemán se inscriben los derechos, a base de modificaciones jurídicas acontecidas, con exclusión de condiciones y términos, sobre un consentimiento de inscripción desprovisto de toda cláusula que enerve o debilite la modificación jurídica real y desplazando cuanto afecta a las relaciones obligatorias antecedentes del simplicísimo negocio de disposición formal, con lo cual cabe, según expone el texto, «designar exactamente el derecho a inscribir (o la limitación de disponer) con arreglo a su categoría, contenido y persona del titular (o de la persona favorecida por la limitación)», en nuestro régimen se inscriben títulos, documentos, cuyo extracto es necesario».

(381) Sobre ella y sobre su práctica, en el comentario a la Ley francesa de Transcripción, *cf.* TROPLONG: *op. cit.* pp. 282-283: «C'est le moment de faire connaître d'une manière spéciale comment s'accomplit ce mode de publicité. La transcription est la copie intégrale du titre sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques. Le législateur a sagement repoussé, ainsi que nous l'avons conseillé ailleurs, le système de l'inscription par extrait, comme on le pratique à l'égard des hypothèques. Pour un mince avantage d'économie, ce système expose à des inexactitudes et à des oublis, préjudiciables surtout lorsqu'il s'agit de l'établissement de la propriété foncière. D'un autre côté, il eût été dangereux de se contenter, comme le proposait le Gouvernement, du dépôt d'une copie de l'acte à transcrire, et de former un recueil de toutes les copies déposées; les chances de perte eussent été inévitables. Il fallait donc maintenir la transcription ou copie intégrale et textuelle, comme elle avait été établie par la loi de brumaire an VII et conservée par le Code pour les donations et la purge des hypothèques. C'est ce qui a été fait. Aussi, sur la question de savoir comment et avec quelles distinctions il faut entendre cette copie intégrale, nous renvoyons à ce que nous avons dit ailleurs, en traitant de la matière de la purge des hypothèques. On peut le résumer ainsi: Les clauses qui déterminent les divers éléments d'un même contrat ne doivent pas être séparées; mais quand il y a plusieurs ventes dans un même acte, quand des biens sont vendus par lots et que chaque lot est adjugé à une personne distincte, chaque adjudicataire n'est tenu de faire transcrire que la partie du procès-verbal qui regarde son lot. Il n'y a rien dans le texte de la loi que nous expliquons qui nous force à abandonner la distinction que nous avons faite. Le projet du Gouvernement prescrivait le dépôt «d'une copie entière de l'acte ou du jugement»; mais ces mots, qui n'ont d'ailleurs rien de plus formel que ceux de l'art. 2181, n'ont point passé dans la loi».

(382) Sobre la configuración del folio real en Alemania, *cf.* JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ...», *cit.* I, pp. 99-101; WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 176. En Suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 85 y ss.; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Código Civil suizo*, «Estudios ...» I, *cit.* pp. 166-167; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 17) p. 69.

principios inspiradores de nuestro Derecho de Cosas —causalismo transmisivo (383) y libertad conformadora de los derechos reales— y por inviable en su propia finalidad simplificadora, al obligar por su excesivo esquematismo a la consulta de documentos complementarios ajenos al folio registral, nuestro Derecho adopta la forma de la inscripción (384) como modo de armonizar el causalismo y número-aperturismo inspiradores del régimen de bienes con la brevedad, claridad y determinación exigidas a la publicidad por el principio de especialidad, «siguiendo siempre la doble idea —decía GÓMEZ DE LA SERNA (385)— de que en el Registro se concilie la claridad con la brevedad, pero sin sacrificar una a otra, y, por tanto, sin omitir nada de lo necesario ni poner lo superfluo».

En el triple modelo de toma de razón hoy propuesto —transcripción, inscripción y encasillado (386)— la registración mediante inscripción resulta ser, pues, una derivación de las bases de nuestro Derecho de Cosas en la construcción del mecanismo de nuestra publicidad inmobiliaria. La inscripción, «resumen brevísimo que debe tener todas las condiciones necesarias para que aparezca la situación verdadera de cada finca», según la describía DE LA SERNA (387), conjugando con la brevedad la exigencia de su contenido necesario (art. 9 LH), es en dicho mecanismo el punto donde confluyen la especialidad

(383) Es significativo que en Suiza, donde el encasillado tiene que convivir con el causalismo transmisivo, el raquitismo de la casilla indicadora del derecho publicado tenga que ser compensada con la amplitud atribuida a la *Vormerkung*. Cfr. sobre ello, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 98-102, 276-312 y 519-577; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 16), pp. 14-36.

(384) La única voz discordante en este punto es la de NÚÑEZ LAGOS: *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, RDN 1962, pp. 103 ss., sosteniendo que nuestro Derecho acoge el sistema de transcripción. Réplica a esta opinión, en ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 139-141.

(385) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 492. El mismo ideal aparece posteriormente formulado en la Exposición del Decreto de 8-2-1946, aprobando la nueva redacción de la Ley Hipotecaria: «En cuanto a la mayor brevedad de los asientos, aspiración expresada por el legislador en armonía con las exigencias modernas, que requieren la máxima sencillez y claridad en las fórmulas de la inscripción, el nuevo texto simplifica no sólo la redacción de los asientos principales, en los que se refleja el historial del dominio y de los derechos reales sobre inmuebles, sino también la del asiento de presentación, cuya importancia es tan capital en nuestro sistema inmobiliario. La reducción al mínimo de los requisitos formales de todos los asientos, sin menoscabo de los principios esenciales del sistema, unida a la supresión de las menciones de derechos que pueden y deben ser objeto de inscripción especial, así como la eliminación de los derechos de naturaleza netamente personal u obligacional del ámbito inmunizante del Registro, han de contribuir poderosamente a la claridad de éste y a facilitar su publicidad, haciéndolo más asequible al directo conocimiento de los interesados».

(386) Cfr. CASSO: *op. cit.* p. 360; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos II*, *cit.* pp. 346-347.

(387) *Op. cit.* p. 228.

y determinación de la noticia registral con el causalismo transmisivo y el principio de *numerus apertus* (arts. 2, 2.º LH y 7 RH), y, en su trascendencia organizadora, constituye al mismo tiempo una de las normas básicas del funcionamiento del Registro de la Propiedad (388), esto es: un principio hipotecario adjetivo u organizador. A nuestro modo de ver, es ésta la única forma en la que puede hablarse en nuestro Derecho de un principio de inscripción (389). Así lo hizo, desde su privilegiada situación y *tempore non suspecto*, la Exposición de Motivos de 1861 (390). Si nosotros no lo hemos hecho, obligándonos a recurrir a la expresión más tortuosa de «principio de registración mediante inscripción», ha sido para evitar el equívoco que inevitablemente se seguiría del empleo de la denominación más breve y certera: «principio de inscripción», dado el sentido que nuestra doctrina, por influjo de la elaboración alemana de los principios, viene atribuyendo, lo admita o no, al así denominado para expresar el valor sustantivo de la inscripción. Quede, no obstante, reivindicada la legitimidad de un *principio de inscripción* en nuestro Derecho, en el genuino sentido que le atribuyó la Exposición de Motivos de 1861.

5.º *Principio de rogación*. El principio de rogación, a veces también llamado de voluntariedad (391), viene a expresar —diciéndolo con palabras de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ— que el Registrador «actúa generalmente a instancia de parte por motivos de interés privado, y sólo excepcionalmente de oficio por razones cualificadas y tasadas de orden o interés público» (392). Así concebido, se le considera

(388) MORELL: *op. cit.* pp. 81-82: «B) Principios adjetivos [...] 2.º Normas de funcionamiento.— Se han de incluir en ellas todas las que sirvan para dar facilidad y rapidez al mecanismo del Registro como, por ejemplo: [...] que los asientos se practiquen con claridad y sencillez, a fin de que brevemente y sin omisiones se pueda apreciar la situación jurídica de los inmuebles» (subs. del a.).

(389) Para dicho principio en su sentido sustantivo, *cf.* lo dicho *supra*, nota 183.

(390) P. 248: «En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción?». Literalmente, la expresión se va a utilizar también en la Ley de Bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1988, concretamente en la Base 12: «... con sujeción todo ello a los principios y prácticas del Derecho de Castilla, modificado en algunos importantes extremos por los principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima».

(391) Así lo denomina CAMPUZANO: *op. cit.* p. 65, y de voluntariedad o rogación habla Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de rogación*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 454. Afinando al respecto, dice SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, II, *cit.* p. 80, nota 1: «La denominación de principio de voluntariedad, a pesar de ser técnicamente exacta, no me parece muy recomendable en nuestro Derecho, por prestarse a confusiones con el concepto de voluntariedad de la inscripción, que tiene un alcance diferente».

(392) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, «Estudios ... I, *cit.* p. 435. En términos similares, COSSÍO: *op. cit.* p. 101: «El procedimiento hipotecario se inicia a instancia de parte, y el Registrador solamente en casos excepcionales practica de oficio los asientos». Para una relación de asientos practicables excepcionalmente de oficio, *cf.* CHICO Y ORTIZ: *op. cit.* pp. 634-637.

como el principio de organización que impone al Registro la forma de funcionamiento connatural a la índole civil del mismo Registro y de los derechos en él publicados (393), y se entiende que su vigencia en nuestro sistema resulta particularmente clara y especialmente coherente. Particularmente clara, por la enfatización del carácter civil del Registro cuando, en sus momentos fundacionales, interesaba sobremanera alejar de él cualquier asomo de mezcolanza administrativo-fiscal (394). Y especialmente coherente, por el carácter voluntario y no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho (395).

Admitida la gran dosis de verdad existente en lo así propuesto, parecería necesario apurar algo más en el contenido del principio de rogación y en la descripción general de la mecánica del Registro. De lo anteriormente dicho quedaría la impresión de que el principio de rogación coincide con la nota de la voluntariedad de la inscripción, y que la iniciativa de esta última queda en nuestro Derecho a la pura y exclusiva iniciativa de los particulares. Si se repara con algún detenimiento en uno y otro punto, pronto se verá que ninguno de ellos se ajusta exactamente a la verdad de las cosas.

En primer lugar, parece claro que rogación y voluntariedad de la inscripción no son una misma cosa. GARCÍA GARCÍA lo ha indicado destacando que aunque la inscripción fuera obligatoria, subsistiría el

(393) La idea puede verse en DE LA SERNA *op. cit.* p. 428: «Y esto es lo natural: en los negocios civiles, por doquiera, se deja siempre franca y expedita la acción de los particulares para adoptar todas las medidas de precaución que puede aconsejarles la prudencia, y que caben dentro de los principios generales que dominan la legislación para asegurar sus respectivos derechos, y alejar, en cuanto puedan, el peligro de perderlos» *Id.* p. 433: «[...] ni la obligación de registrar bajo pena de nulidad, ni la fijación de término dentro del cual necesariamente se haga la inscripción, se avienen con su sistema [de la Ley Hipotecaria] [...] En efecto, ahora, ni la inscripción es necesaria, ni hay un término perentorio y corto para hacerla, sino que en cualquier tiempo en que se presente el documento en el Registro, puede verificarse»; CAMPUZANO: *op. et loc. ant. cit.*: «Nuestro sistema hipotecario no se impone como forzoso a los propietarios. Suponiendo que el interés de los mismos es suficiente estímulo para la inscripción, por los efectos que ésta debe producir, y respetando la libertad individual, la ley deja a la voluntad de los interesados, por regla general, el que inscriban su derecho, pudiendo hacerlo si quieren y cuando quieran». En Alemania: MEYKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p.: «Das Grundbuchrecht ist vom Antrags-Grundsatz beherrscht, da man davon ausging, daß das Privatinteresse der Beteiligten im Vordergrund stehe».

(394) *Cfr.* DE LA SERNA: *op. cit.* p. 433: «[...] ni está enlazado el Registro a la recaudación del impuesto de hipotecas con los estrechos vínculos que antes los unían. [...] los que dejan de inscribir no es por ignorancia, es, o por descuido, o por malicia para burlar el impuesto, que es el enemigo mayor del nuevo sistema hipotecario, como lo ha sido del antiguo».

(395) SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 90: «Dado el carácter voluntario de la inscripción, es evidente que no puede hablarse de que exista un especial deber de pedir la inscripción. El desenvolvimiento del sistema hipotecario no exige que los particulares tengan esta obligación». Con anterioridad, DE LA SERNA, en los lugares y textos citados en la anterior nota 393.

principio de rogación, pues para la práctica de las operaciones registrales seguiría siendo necesaria su solicitud al Registrador por el interesado o por el órgano correspondiente (396). Siendo ello así, se hace incuestionable que la esencia de la rogación, lejos de derivar de la disponibilidad de la inscripción, radica en la delimitación de las funciones y competencias confiadas por la ley al Registrador de la Propiedad: su estatuto ni le provee de medios, ni le carga con la responsabilidad de promover y practicar con iniciativa propia la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

De otra parte, que el Registrador carezca de iniciativa para la puesta en práctica de la inscripción, no puede significar que el Registro y la publicidad queden a pura merced de los particulares. Es indudablemente cierto que el Registro sirve a intereses privados, pero no lo es menos que cuando el Derecho lo instaura está atendiendo a una necesidad de seguridad o confianza en el tráfico que se entiende trascendente a los intereses simplemente individuales (397). Es ello lo que justifica que el Registro se ponga bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que la práctica de sus asientos exija las garantías y controles que permitan presumirlos concordantes con la realidad y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud (art. 1, III LH). Este dato, unido al que representan las medidas judiciales de tutela de los derechos en litigio, determinará que la iniciativa para la práctica de los asientos registrales salga a veces del ámbito privado para pasar a corresponder, sin merma del principio de rogación (398)—según lo antes dicho— al Juez, o con tal merma—y ahora sí que muy excepcionalmente— al mismo Registrador.

En efecto, por lo que hace a la primera posibilidad, no son infrecuentes los casos en que, por razones distintas, la práctica de la inscripción

(396) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 548. Independiza también el principio de rogación frente a la modalidad voluntaria de la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 80: «Cualquiera que sea el valor que se dé a la inscripción en los diversos sistemas, coinciden todos ellos en exigir, para que se practiquen los asientos en el Registro, la solicitud o petición de parte interesada. La actuación del Registrador y el funcionamiento del Registro, es rogada y sólo tiene lugar a instancia de parte». Hace suyo este planteamiento, Díez-PICAZO: *Fundamentos*, II, *cit.* p. 308.

(397) Cfr. LUZURIAGA: *op. cit.* p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada».

(398) La instancia judicial o pública, en tanto que excluyente de la iniciativa del Registrador, es tan compatible con la rogación como la privada. Aparece ello indicado en el mismo concepto del principio de rogación tal como lo propone DESCHENAUX: *op. cit.* p. 205: «En règle générale, le conservateur n'agit qu'à la requête des intéressés ou d'une autorité. C'est le principe de la réquisition...».

puede ser ordenada judicialmente de oficio (399) (arts. 43 III; 49 II LH; 58 RH), cargándose a veces al Juez con la responsabilidad de la misma (art. 188 LH y 262 RH). Son casos, por distinguibles de aquellos otros en que el mandamiento judicial de inscripción suple la dificultad de obtener ésta voluntariamente (e.c., arts. 40 d); 56 y 57; 60 y 61 LH), en los que resalta el origen judicial de la iniciativa que pone en marcha la práctica de la publicidad. De todas formas el Juez actúa en ellos como valedor de los derechos sometidos a su conocimiento y tutela. Más significativo, desde el punto de vista en que aquí nos situamos, puede ser algún otro en que la iniciativa judicial parece ponerse al servicio de la misma limpieza y exactitud del Registro (art. 131, 17. LH).

A su vez, por más que el procedimiento registral sea rogado, la buena llevanza del Registro exige del Registrador, su responsable, la práctica de oficio de determinados asientos. Se comprende perfectamente que así sea cuando se trate de rectificar errores materiales producidos en una anterior toma de razón (arts. 213 y 217 LH y 321 RH) (400); o de limpiar el Registro mediante la cancelación no necesitada del consentimiento del perjudicado (art. 82 II LH), o de los asientos caducados a que se refiere la Disposición Transitoria primera de la Ley Hipotecaria; o de practicar las notas marginales llamadas «de oficina» (arts. 250 LH y 45 y ss. y 195 RH). Bien se advierte que en estos casos, excluida toda posibilidad de repercusión sustantiva de la operación libraria, la iniciativa registral, aunque excepcional desde el punto de vista del principio de rogación, en nada afecta a la sustancia del mismo. Queda a pesar de ellos a salvo que la publicidad de los derechos debe ser instada por los interesados (art. 6 LH); lo que ahora se pone bajo la iniciativa reglada del Registrador no es la instancia de tal publicidad, sino la limpieza y pulcritud del Registro. Algún caso hay, con todo, donde la anotación practicable de oficio tiene transcendental proyección sustan-

(399) Ya se refería a ello DE LA SERNA: *op. cit.* p. 419, remitiendo a los arts. 182, 183, 184, 188, 198, 204, 205, 206, 211 y 212 de la Ley: «De la obligación que tienen algunas autoridades de mandar hacer la inscripción ... hablaremos al tratar de los artículos de la Ley en que se les imponen las obligaciones ...».

(400) *Cfr.* Exposición de Motivos de 1861, p. 310: «Respecto a los errores materiales hizo la Comisión diferencia entre aquellos que pueden ser rectificadas en vista de los títulos que obran en los Registros o de las inscripciones principales, y aquellos de que no existan allí estos medios de examen, comparación y comprobación. En el primer caso, ha creído que sin inconvenientes dignos de tomarse en cuenta, podría dejarse a los Registradores la facultad de hacer las rectificaciones; no así en el segundo ...». Respecto a los errores de concepto, algo más adelante —p. 311—: «Con mayor circunspección se deberá proceder respecto a los errores de concepto, cuando éstos no aparezcan claramente de las mismas inscripciones, anotaciones, cancelaciones o asientos: [...] Mas cuando el error está sólo en los asientos de presentación, en las notas marginales, en las indicaciones de referencia y en los asientos del registro de las hipotecas por orden alfabético, y la inscripción basta para hacerlos conocer, entonces se da facultad al Registrador para que por sí los rectifique».

tiva. Estamos pensando en la llamada nota de «pende» (art. 426 RH), que, al servicio de la prioridad registral, atiende no sólo al orden intra-registral de despacho de los documentos, sino que se orienta a informar al público a través de notas y certificaciones (401). De todos modos, aunque practicada de oficio por el Registrador, constituye un aditamento registral legalmente impuesto al asiento de presentación para la más plena efectividad del derecho en vías de ser inscrito a iniciativa privada.

Visto todo lo anterior, admitido que rogación y voluntariedad de la inscripción no son una misma cosa, y confirmado que, aunque con excepciones, la iniciativa para la práctica de la publicidad corresponde por ley general a los particulares, dos son las posibilidades que nos salen al paso en nuestro empeño de detectar y fundamentar los principios hipotecarios: o bien desdoblarse el que se suele presentar como contenido del principio de rogación en dos principios distintos: el de rogación y el de voluntariedad de la inscripción, o bien mantener unitariamente en el de rogación la que, distinguiendo más, pudiera ser la materia propia de cada uno de los dos principios desdoblados según la primera posibilidad. Ambas soluciones podrían ser legítimas. Según la primera (402), el principio de rogación, más estrictamente entendido, se limitaría a expresar la carencia de iniciativa del Registrador en la puesta en marcha del mecanismo de la publicidad (403). De acuerdo con la segunda (404), el mismo principio, complexivamente considerado, se referiría no sólo a la falta de iniciativa del Registrador, sino que abarcaría a indicar de dónde parte el impulso para la práctica de los asientos registrales, conectando de esta forma con la rogación o instancia privada, como impulso ordinario, y con su carácter generalmente voluntario. Quizás por ser la más común, esta segunda posibilidad sea la más adecuada al tono de nuestro empeño.

Pues bien, en este sentido complexivo, el principio de rogación vuelve a alejar nuestro sistema respecto al modelo francés, y a acercarlo de nuevo al germánico. Es curioso —quizá, más que curioso, natural— que allí donde la eficacia de la publicidad es más débil, sea también donde se la imponga obligatoriamente como medida de *police civile*, llegándose incluso a extender la iniciativa para su práctica a las autoridades y funcionarios que hayan intervenido en el acto publicable. Así

(401) Así lo hace ver GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 646.

(402) Es la seguida por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 546-548.

(403) Lo define GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 546, como «aquel principio según el cual el Registrador no puede proceder de oficio respecto a la práctica de los asientos registrales, sino que tiene que actuar a instancia o solicitud de parte» (sub. del a.).

(404) Es la seguida por ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario, cit.* II, pp. 162 y ss.

ocurre en Francia, más intensamente tras la reforma de 1955 (405). En Alemania, en cambio, y en Suiza —al igual que en nuestro Derecho— la inscripción es voluntaria, y su práctica se deja a la iniciativa privada (*Antrags-Grundsatz, principe de la réquisition*) (406). Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con todo, consideraba más engañosa que real esta coincidencia en la rogación de nuestro Derecho con los sistemas germánicos. Las diferencias entre uno y otro régimen son tan esenciales, por lo que se refiere a los efectos de la inscripción —decía—, que el principio resulta lógico y congruente en los sistemas germánicos, mientras que en España ha puesto en peligro los desenvolvimientos hipotecarios. En efecto —añadía—, al ser constitutiva la inscripción en Alemania, su práctica viene exigida como condición de existencia y efectividad del derecho publicable; en el sistema español, en cambio, no siendo constitutiva la inscripción, la voluntariedad de su práctica se traduce en inseguridad acerca del momento en que se produce la mutación jurídico-real, en la necesidad de resucitar la doctrina de la tradición, y en desprestigio del Registro ante los Tribunales, que no podrán resolver una simple tercería de dominio sin echar mano de pruebas ajenas a la inscripción (407). El diagnóstico nos deja insatisfechos, y la

(405) Sobre la iniciativa para la práctica de la publicidad, *cfr.* art. 32 del Decreto de 4 de enero de 1955: «Les notaires, avoués, [*avocats*], huissiers et autorités administratives sont tenus de faire publier dans les délais fixés à l'article 33, et indépendamment de la volonté des parties, les actes ou décisions judiciaires visés à l'article 28, 1.^o, 2.^o et 4.^o a 9.^o dressés par eux ou avec leur concours. [...]». En general sobre la obligatoriedad de la publicidad tras la reforma de 1955, MAZEAUD: *op. cit.* p. 529: «En même temps, le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: à coté de l'inopposabilité, il a édicté deux sanctions -amende et dommages-intérêts- a l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de «police civile» et aussi fiscale ... L'exposé des motifs du décret du 4 janvier 1955 attire l'attention sur les progrès réalisés en cette matière: «Désormais, qu'il s'agisse de contrats, de jugements, de demande en justice, de transmissions à cause de mort, ou même de simples faits comme la construction immobilière, la règle de la publicité obligatoire sera quasi générale». En nuestra doctrina, y sobre la misma materia, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés. cit.* pp. 742-746.

(406) *Cfr.* § 13 de la alemana GBO, y art. 11 de la suiza ORF.

(407) He aquí el texto literal y completo de GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de rogación, cit.* págs. 454-455: «A primera vista parece que, si el principio de rogación ha sido admitido por el Código Civil alemán, no debe presentar graves inconvenientes que nuestro sistema arranque de la voluntariedad de los asientos. Las diferencias entre uno y otro régimen son sin embargo, tan esenciales, por lo que se refiere a los efectos de la inscripción, que el principio resulta lógico y congruente con el germánico, mientras que en España ha puesto en peligro los desenvolvimientos hipotecarios. En efecto, el que intenta adquirir por acto *inter vivos* una finca o servidumbre en Alemania, no se halla obligado a inscribir el título correspondiente, pero no *adquire*, en realidad, el dominio o el derecho real mientras la inscripción no se lleva a cabo. Como si dijésemos: el matrimonio es *voluntario*, nadie está obligado a casarse, pero el que quiera contraer matrimonio debe celebrarlo con arreglo a la Ley. Por el contrario, en el sistema español, para adquirir la propiedad o un derecho real sobre cosa inmueble, no es

crítica nos parece excesiva. Aunque no sea éste el lugar para entrar al detalle de la refutación de esta última —en realidad lo que en ella se plantea es la tesis de la superioridad de la inscripción constitutiva, de la que nos hemos ocupado ya al tratar de las bases de nuestro Derecho de Cosas—, sí que podemos proponer aquí su superación encarando el problema desde otra perspectiva: Mientras en el sistema de la inscripción constitutiva, la voluntariedad de su práctica queda reducida a un enunciado vacío o engañoso (408), esa misma voluntariedad cobra toda su realidad y efectividad cuando el sistema no convierte a la publicidad en condición de existencia del derecho inscribible. Esto parece claro: la posibilidad de existencia extra-registral de los derechos es condición de posibilidad del acto de voluntad por el que se decide en favor de su inscripción frente a la alternativa de mantenerlos al margen del Registro. En cualquier caso, lo que es cierto es que en Alemania se concede al Registrador iniciativa subsidiaria —para el caso de que los interesados «se muestren sordos» a sus «paternales advertencias», según decía GOMEZ DE LA SERNA refiriéndose al precedente prusiano (409)—, sin paralelo en nuestro Derecho, para inscribir poniendo el Registro en concordancia con la realidad (410), y que en nuestro sistema,

necesaria la inscripción y únicamente a los efectos de obtener una posición sólida contra terceras personas debe llevarse el título al Registro. Consecuencia de este eclecticismo es la falta de seguridad al discutir el momento en que un derecho de crédito dirigido a la adquisición de una finca se transforma en derecho real de dominio, la confusión entre la obligación y su pago, la necesidad de resucitar la doctrina de la tradición, no obstante el desprecio con que la miraban los juristas del siglo XIX y la desconsideración con que la trata el Código Civil, y de aquí también el desprestigio de la Ley Hipotecaria ante los Tribunales civiles, que no podrán resolver una simple tercia de dominio sin echar mano de pruebas ajenas a la inscripción» (subs. del a.).

(408) Refiriéndose al sistema suizo, y a propósito de la voluntariedad de la inscripción dirá SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 15) p. 29, que «... el principio de la inscripción viene a reducir a la nada esta voluntariedad».

(409) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 428: «Aun en Prusia, donde al tratar de esta materia se proclama la regla de que la inscripción es un negocio de orden y de seguridad pública, y se exponen los peligros que a la sociedad ocasiona el que sea dudosa o incierta la propiedad de los bienes inmuebles, no se llama a la autoridad en auxilio del cumplimiento de la ley, sino cuando ha pasado un término prudencial bastante extenso para que con holgura los interesados hayan podido ejercitar su derecho, y aun en este caso se acude a recordarles su deber, y sólo cuando se muestran sordos a estas paternales advertencias, es cuando se apela a los medios de coacción, y entonces, para no dejar abandonada la causa del orden y de la seguridad pública, que son tan considerados en la Ordenanza de Federico II dada en 1873, que es la que arregló su sistema hipotecario».

(410) Principalmente, §§ 82 y 83 GBO. Sobre ellos, *cf.*: WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 185: «[En consecuencia, la oficina del Registro inscribe sin instancia privada: ... 2. *De oficio* en tres grupos de casos, a saber:] c) ultimamente también cuando el Registro se ha hecho inexacto porque se ha verificado una transmisión de derecho sin pasar por aquél, especialmente por causa de sucesión hereditaria, §§ 82, 83 LRI. Sin embargo, esta suspensión del principio oficial queda debilitada de dos maneras: sólo una inexactitud con respecto a la inscripción del propietario (no, por ejemplo, respecto a la del acreedor hipotecario) permite al Juez de Registro a que intervenga de oficio, caso de que tenga motivo suficiente para tomar conocimiento de tal estado de cosas; y por lo regular esta intervención sólo puede consistir en recomendar a los interesados que presenten las oportunas instancias de rectificación. Sólo cuando este procedimiento de rectificación no es viable o no promete tener éxito, puede la oficina registral rectificar de oficio, § 82a LRI».

a diferencia de lo que ocurre en los germánicos —señaladamente en el suizo— por nacer los derechos fuera del Registro y por tener la solicitud de inscripción naturaleza nítidamente procesal, no se plantea problema alguno de confusión-distinción entre ésta y el acto de voluntad sustantivamente encaminado a la constitución o transmisión del derecho que se presenta a inscripción (411).

6.º *Principio de titulación auténtica* No es infrecuente que la exigencia de titulación auténtica resulte omitida en las enumeraciones al uso de los principios hipotecarios (412). Naturalmente, no significa ello que nuestros autores desconozcan la exigencia formal de dicha titulación

(411) Cuando Don JERÓNIMO GONZÁLEZ se refiere a esta materia, en *Principio de rogación*, cit. pág. 456, no parece resonar en sus palabras el régimen español de la rogación: «Pero ha de tenerse en cuenta —dice— que en la presentación se involucran frecuentemente actos de consentimiento, de régimen mucho más riguroso y que se distinguen esencialmente de aquella. No debe confundirse la declaración de naturaleza civil, hecha en la solicitud o documentos presentados, sobre la existencia de un derecho real, con la petición verbal o escrita dirigida al mismo Registrador en el momento de presentar los títulos, para que ejercite su ministerio». Sobre la naturaleza procesal de nuestra solicitud de inscripción y su clara diferenciación respecto de cualquier acto de voluntad de trascendencia jurídico-real sustantiva, cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 82: «En nuestro sistema no es necesario un especial consentimiento de inscripción, y de aquí que el primero de los supuestos indicados [consentimiento dirigido a la modificación jurídico-real] no provoque ninguna confusión con la petición de inscripción, que en algunas legislaciones ha suscitado serias dificultades»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 299: «Su naturaleza [de la petición de inscripción] es meramente adjetiva (procesal), y su carácter, aformal: puede hacerse verbalmente, e incluso puede hablarse de una petición tácita, que va implícita en la presentación del título (arg. art. 39 RH., para CHICO ORTIZ).» Sobre la complejidad y oscuridad del problema en Suiza, cfr. DESCHENAU: *op. cit.* pp. 223-226; SERRANO SERRANO: *op. ant. cit.*, pp. 42-45. En Alemania, aunque doctrinalmente se perfila en el subrayado de las diferentes notas y caracteres que permiten distinguir entre solicitud de inscripción (*Antrag*), consentimiento a la inscripción (*Eintragungsbewilligung*) y declaración del acuerdo transmissivo (*Einigungserklärungen*) —cfr., e.c., STAUDINGER-ERTL, § 873, Rz 152-160—, es inevitable que se produzca una posibilidad de superposición de manifestaciones de voluntad que enturbie la diferencia entre la mera solicitud procesal de la inscripción y el acto sustantivo de voluntad dirigido a la producción de la mutación jurídico-real. Se entiende que a la vista de esta superposición formulara Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. ant. cit.*, p. 456, una advertencia tan justificada para el régimen alemán como —a nuestro juicio— innecesaria para la nitidez del nuestro: «Pero ha de tenerse en cuenta» —advertía— «que en la presentación se involucran frecuentemente actos de consentimiento, de régimen mucho más riguroso y que se distinguen esencialmente de aquella. No debe confundirse la declaración de naturaleza civil, hecha en la solicitud o documentos presentados, sobre la existencia de un derecho real, con la petición verbal o escrita dirigida al mismo Registrador en el momento de presentar los títulos, para que ejercite su ministerio».

(412) COSSÍO *op. cit.* p. 16: «Como principios fundamentales, se suelen citar los siguientes: inscripción, publicidad, buena fe, consentimiento, especialidad, tracto sucesivo, legalidad, prioridad, rogación o instancia y perdurabilidad o imprescriptibilidad». Como ejemplos de enumeraciones que no destacan al principio de titulación auténtica, CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 59-66; DE CASSO: *op. cit.* p. 139; ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 187; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 62-65; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 185.

(arts. 3 y 4 LH y 34 RH), ni siquiera, necesariamente, que nieguen a la misma alcance principal; podría significar tan sólo que, sin perjuicio de su dimensión transcendente, se la considera hemanada con la calificación registral y englobando con ella el contenido total del principio de legalidad (413). No faltan, con todo, en nuestra doctrina quienes, con terminología diferente, destacan el requisito de la titulación auténtica como constitutivo de un específico principio de «autenticación» (414), de «autoridad» (415), o, más frecuentemente, de «titulación auténtica» (416). Nosotros nos vamos a decantar por esta segunda postura, y no sólo por la razón extrínseca y de autoridad de que, en los momentos fundacionales de nuestro actual Derecho de la publicidad inmobiliaria, GÓMEZ DE LA SERNA reiteradamente calificara como principio el cierre del Registro a cualquier documento no fehaciente (417), sino también para destacar la importancia mutua de los dos requisitos de titulación auténtica y calificación registral, y subrayar la diferencia entre ambos en tanto que requisito previo, el primero, y contenido propio e interno, el segundo, del procedimiento registral (418).

Planteadas la disyuntiva entre limitar la inscripción al documento auténtico o —tal como se hacía en Francia (419)— abrirla también al

(413) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed 1984), p. 57; Díez-PICAZO: *op. cit.* p. 315.

(414) RAMOS FOLQUES: *Lexicografía*, *cit.* p. 150.

(415) COSSÍO: *op. cit.* p. 107-109.

(416) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, *cit.* p. 231; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 550-552, donde expone separadamente el principio de legalidad, desdoblado en su modalidad de titulación auténtica y de calificación registral.

(417) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 326: «La Ley partió de un principio: ningún acto, ningún contrato que no lleve impreso el sello de la verdad, de la autenticidad, debe figurar en el Registro»; *Id.* p. 335: «Todas las legislaciones están conformes en no abrir los registros más que a los actos o contratos cuya existencia aparezca de una manera fehaciente. Este principio está también consignado en nuestra Ley Hipotecaria».

(418) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, *cit.* II, p. 147-148: «La necesidad de titulación auténtica, aunque obedece al mismo fin y tiene el mismo fundamento [que la calificación registral], es una medida preventiva o precatoria del legislador, que establece de este modo una garantía previa de legalidad, pero que, propiamente hablando, es extraña al ámbito en que se desenvuelve el Registro. En cambio, la calificación de los títulos inscribibles se desenvuelve dentro de esta institución y forma parte del procedimiento registral del cual es un trámite esencial y necesario y, en cuanto tal, es uno de los requisitos previos a la inscripción».

(419) TROPLONG: *op. cit.*, pp. 289-290: «La formalité de la transcription est imposée aux actes sous seing privé, aussi bien qu'aux actes authentiques. La loi du 23 mars 1855 n'a pas voulu enlever aux parties la facilité et la rapidité des actes sous signature privée; rien, à cet égard, n'est changé aux principes du Code Napoléon». Sin embargo, la reforma francesa de 1935 dió ya un primer y tímido paso hacia la exigencia del documento público, culminado definitivamente en el art. 4 del Decreto de 4 de enero de 1955: «Tout acte sujet a publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique». Sobre ello, MAZEAUD: *op. cit.* pp. 555-557; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*; 2.^a ed. París 1987, pp. 475-476, y, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, *cit.* pp. 746-751.

privado, nuestro legislador se resolvió decididamente, razonándolo en la Exposición de Motivos de 1861, por la primera posibilidad: «*Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los Registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad*» (420). GÓMEZ DE LA SERENA vio en ello establecido un «principio»: que «*ningún acto, ningún contrato que no lleve impreso el sello de la verdad, de la autenticidad, debe figurar en el Registro*» (421), principio cuyo fundamento ya había sido indicado por LUZURIAGA al comentar lo previsto al respecto en el Proyecto de 1851 (art. 1821): «*Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda, y esa es la razón porque se exige en el artículo 1821 que aquellos títulos consten en escritura pública, y siendo providencias judiciales, en certificaciones auténticas. Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema Alemán*» (422).

He aquí, pues, el principio general (423) y su fundamentación, y, a la vista del mismo, la constatación, otra vez, de la asimilación de nuestro sistema a lo que al tiempo de su conformación se consideraba como el modelo alemán, y su contraste con el contra-modelo francés. Defendiendo el régimen establecido en la Ley francesa de Transcripción frente a los que recelaban de la inscripción de documentos privados alegando el peligro de que el Registro engañara a los terceros presentándoles la apariencia de un acto inconsistente, TROPLONG respondía que el fin de la publicidad es proporcionar a los terceros la posibilidad de no quedar en la ignorancia de un acto que pudiera interesarles, pero no el darles seguridad sobre su valor (424). Así enfocado

(420) E. M. p. 244.

(421) *Cfr. supra*, nota 417.

(422) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944. Una formulación actual de la misma idea, en DíEZ-PICAZO: *op. cit.* p. 306: «La necesidad de dotar al Registro de la máxima exactitud posible, de la máxima legalidad y de las necesarias condiciones para que se garantice la seguridad del tráfico jurídico, aconseja que las inscripciones y en general los asientos que se deban practicar en él, sólo puedan llevarse a cabo partiendo de documentos que reúnan las necesarias condiciones de autenticidad».

(423) Para sus excepciones, *vid. e.c.*, CHICO Y ORTIZ: *op. cit.* I, pp. 552-554.

(424) TROPLONG: *op. cit.* pp. 290-291: «Ce point cependant a été l'objet de vives controverses, lors de la discussion de la loi de 1855. Sous l'empire de la loi de l'an VII, on s'était déjà demandé si les actes sous seing privé pouvaient être admis à la transcription. L'administration de l'enregistrement et le ministre de la justice étaient d'avis de les écarter, comme trop susceptibles d'être falsifiés. Mais la cour de cassation jugea à plusieurs reprises que la loi n'excluait pas de la transcription les actes sous signature privée, même non reconnus ni vérifiés; et un avis du conseil d'Etat du 3 floreal an XIII, approuvé le 12, interpréta définitivement la loi dans ce sens. Lorsque la

el problema, se entiende bien la admisión a publicidad del documento privado: el Registro, limitándose a hacer inoponible lo no inscrito, no da seguridad sobre lo en él publicado. En nuestro Derecho el planteamiento es radicalmente distinto: El Registro no se concibe como instrumento de mera y descomprometida información, ni —en general— como cobijo *a posteriori* de una adquisición realizada sin contar con lo que en él se refleja, sino, básica y muy principalmente, como instancia aseguradora de quien adquiere confiando en lo que en él se publica. Porque el Registro, aunque sin nada añadir intrínsecamente a su validez, se compromete con la fiabilidad de lo inscrito; porque «se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes», decía LUZURIA-GA, o porque se la ha constituido en generadora de una apariencia jurídica protegible, diríamos hoy, en nuestro sistema se hace necesario asentarla sobre el requisito de la titulación fehaciente y auténtica.

7.º *Principio de control de legalidad, o de calificación registral.* La segunda línea de actuación del principio de legalidad, tan preponderante —en comparación con el requisito de titulación auténtica— hasta agotar su contenido en muchas de las enunciaciones de tal principio en nuestra doctrina (425) o en la comparada (426), es la calificación registral. En

loi nouvelle fut mise en délibération, quelques personnes en revinrent aux scrupules condamnés par la jurisprudence et le conseil d'Etat, et elles demandèrent que les actes sous seing privé ne fussent reçus à la transcription qu'après avoir été reconnus ou vérifiés en justice. On alléguait le danger de tromper les tiers par l'apparence d'un acte qui n'avait peut-être pas de vérité. Mais l'opinion contraire prévalut par une raison décisive. La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître. Les inconvénients qui naissent de l'emploi des actes sous seing privé seront-ils augmentés parce que ces actes seront publiés? La transcription ajoutera-t-elle à la possibilité qui a toujours existé de faire des actes faux ou de détruire les vrais? Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé? La réponse à ces questions est facile: toutes les critiques dirigées contre les actes sous seing privé sont étrangères à la matière de la transcription et tendent à renverser la liberté précieuse, que le Code Napoléon a laissée, de constater la vente d'un immeuble par un acte authentique ou par un acte sous signature privée».

(425) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria I*, Madrid 1941, p. 26: «[el principio de legalidad] puede formularse así: *La operación registral exige una censura previa de los actos inscribibles, y que consiste en un juicio hipotecario que tomando por base los actos que constan en el Registro (que tiene carácter auténtico) y aquellos otros que sean suministrados por los interesados, (también con las necesarias garantías de autenticidad) concluya o no en la inscripción solicitada con objeto de asegurar la correspondencia entre la realidad y los libros hipotecarios*»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 204: «La calificación por los Registradores es el medio de dar efectividad al llamado principio de legalidad, o sea, de no dar acceso al Registro y consiguiente publicidad sino a los actos válidos ...»; DíEZ-PICAZO: *op. cit.* p. 316: «Este control es conocido en la técnica hipotecaria con el nombre de «calificación». Entre los autores se habla de un «principio de legalidad», para indicar que la extensión de los asientos en el Registro sólo puede hacerse previo control de su conformidad con la ley».

(426) En la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* p. 397: «De la se déduit le principe dit de *légalité au sens formel ou technique*, en vertu duquel le conservateur a le pouvoir et le devoir de vérifier que les conditions légales dont dépend une opération dans son registre sont réalisées, de façon que celui-ci soit mis en accord avec la véritable situation juridique».

Alemania, más que de preponderancia de la calificación registral en el principio de legalidad, a la vista de la sinonimia entre *Prüfungsgrundsatz* y *Legalitätsprinzip* (427), podría hablarse de completa identidad. En todo caso, contenido preponderante o exclusivo del principio de legalidad, o complemento necesario e ineludible de ella, según en nuestra más temprana doctrina hipotecarista la consideraba OLIVER (428), la calificación registral responde a la idea de que el Registro sólo debe estar abierto a «los títulos legítimos», en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA (429), y hace referencia al control —examen o inspección (430)— de validez de los títulos inscribibles: a que el Registro —diciéndolo ahora con la Exposición de Motivos de 1861— publique derechos «cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva» (431). La calificación es, entonces, el instrumento intra-registral del principio, específicamente hipotecario y organizador (432), de legalidad, distinto, como tal, del principio constitucional (art. 9, 3.^o) de igual nombre (433).

(427) MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 293: «e) Prüfungs-Grundsatz (Legalitätsprinzip) im formellen Grundbuchrecht. Das Grundbuchamt hat bei vorzunehmenden Eintragungen die *Gesetzmäßigkeit* derselben zu prüfen».

(428) OLIVER: *op. cit.* p. 72

(429) SERNA: *op. cit.* p. 530: «Esto equivale a decir que [los Registradores] no inscriban los documentos que por cualquiera de las dichas faltas lleven en sí un vicio radical [...] porque el Registro está abierto para todos los títulos legítimos, no para aquellos que en sí mismos llevan a primera vista, y sin su profundo estudio, una nulidad que los hace ineficaces».

(430) SERNA: *op. cit. ib.*: «Calificar, significa aquí examinar, inspeccionar si el documento que se les presenta reúne las circunstancias ...».

(431) E. M., p. 261.

(432) La dimensión organizadora o formal del principio de legalidad es destacada en Suiza —*cfr.* DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 395-398 y 590-591—, donde se distingue entre una exigencia de legalidad material, consistente en la necesidad de fundamentación causal de los actos transmisivos, y una legalidad formal, consistente en el control por el Registrador de la verificación de los requisitos legalmente exigidos para la registración. También, en Alemania: *cfr.* MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 293: «Das Prüfungsrecht und die Prüfungsflcht beschränken sich auf das formelle Grundbuchrecht, erstrecken sich daher nicht auf das materielle Recht». En nuestra doctrina es pacífica la consideración del principio de legalidad como principio organizador, procedimental o formal: *cfr.* e.c., COSSÍO: *op. cit.*, pp. 99-100; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 56-57; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 538.

(433) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 58: «El «principio de legalidad» tiene aquí un concepto distinto (no contrario, evidentemente), del que se menciona en el art. 9.^o-3 de la Constitución. Con todo, *ad rem*. CHICO ORTIZ: *Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario*, en «La Constitución Española y las Fuentes del Derecho», T. I, (IEF) Madrid 1979, pp. 616-617: «e) *El principio de legalidad*. - Para que se efectivice el principio de seguridad jurídica o, más bien, para que el mismo pueda obrar con la necesaria garantía de autenticidad sin la dramática imposición de la verdad registral basada en una posible inexactitud, está el principio de calificación o facultad calificadora que hace posible o viable el cumplimiento de la

En la perspectiva histórico-comparada, dos eran los modelos que en materia de calificación registral se ofrecían a nuestro legislador de 1861: el prusiano, decididamente controlador del ingreso al Registro, en evitación de que éste pudiera convertirse en causa de engaño para los terceros (434), y el francés, que, dejando a la diligencia y responsabilidad de los interesados el cerciorarse de la validez de su acto adquisitivo, concedía libre entrada a todo documento depositado para ingreso en el Registro (435). La lógica de cada

legalidad al que, en forma un tanto genérica, se refiere el artículo 9.º de la Constitución. El tema está en si la Constitución se está refiriendo a ese poder o facultad que el ordenamiento hipotecario *confiere* o está hablando en una forma general del sometimiento de la Administración al Derecho, dentro de la cual entraría la actuación registral [...]. Al relacionar «el principio de legalidad» con los restantes que el artículo 9.º establece, parece dar a entender que la observancia de la norma —a la cual sujeta a los ciudadanos y a los poderes públicos— se proyecta con el intento de lograr la seguridad jurídica y para los mismos es preciso la seguridad del derecho ejercida ante los Tribunales y la seguridad del tráfico apoyada en el poder calificador registral, sin perjuicio de la sanción de los poderes públicos por razones de arbitrariedad en su actuación. De no entenderlo así, habría que pensar en que las anteriores manifestaciones del «Estado de derecho» y la sujeción de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento se refieren a otra materia de difícil precisión».

(434) Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*. «Estudios I, p. 432: «Ya la Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 prescribía que, si bien los Colegios (Tribunales) no responden ordinariamente de la validez y autenticidad de los actos otorgados por las partes, están obligados a cuidar de que no se inscriban negocios ilegales o notoriamente ineficaces, a fin de que no se abuse de la confianza del público en la legalidad de los actos registrados por un Juez, ni se susciten pleitos o reclamaciones por la inexactitud, oscuridad u otras faltas de los documentos presentados. En su virtud, los encargados del Registro debían no solo velar porque la petición no contuviera nada contrario a las leyes, sino también examinar si en el perfeccionamiento del acto inscribible se habían observado las solemnidades prescritas para su validez y autenticidad, si los instrumentos otorgados se hallaban clara, precisa y exactamente redactados, y estaban extendidos con las formalidades y requisitos indispensables, según la diversa clase de negocios»; *Id: Principios hipotecarios. Ib.*, pp. 292-293: «Menos conocido era el *principio de legalidad* que la Ley Prusiana de 20 de diciembre de 1783 desenvolvía en el párrafo 13, capítulo primero del segundo título, imponiendo a los *Collegia* la tarea, no sólo de contrastar la licitud de la petición presentada, sino la de examinar si se habían observado las condiciones prescritas para la validez del acto inscribible, si los instrumentos habían sido redactado con claridad y exactitud, y, en fin, si se hallaban revestidos de las formalidades legales. La extensión de la responsabilidad del Registrador, por estos motivos de legalidad del negocio jurídico (*legalität des Rechtsgeschäfts*), fue elevada a principio por los especialistas germánicos...».

(435) Cfr. TROPLONG: *op. cit.* pp. 204-205: «Ceci posé, il est clair que la loi française, [...] a dû faire un choix pour éviter l'abus, et qu'elle a dû se borner à la publication des seuls actes nécessaires, en rejetant la publicité de tout ce qui n'est pas commandé par le plus impérieux besoin. Sans doute elle veut pas non plus entraver, par des investigations minutieuses, la libre circulation de la propriété. C'est pourquoi notre loi a laissé à l'Allemagne le tribunal hypothécaire, qui est chargé de constater, à la suite d'une procédure contradictoire, l'établissement de la propriété: il y a là une source de difficultés qui resteront toujours inextricables, dans un pays où, comme en France, la propriété subit tant de variations. Le droit de propriété est de trop grand prix chez nous pour être livré à des juridictions gracieuses qui en décideraient sans connaissance de cause. Cela se peut dans l'Allemagne féodale, qui se compose de grands domaines dont les divers degrés de mouvance sont parfaitement connus. En France, on serait exposé à mille erreurs, et il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges».

uno de estos modelos en función del significado y valor atribuido en ellos a la inscripción, resulta perceptible a primera vista: Cuando la publicidad se concibe como fundamentadora de la confianza del que va a adquirir acerca del derecho y legitimación del *tradens*, según resulta publicada, se hace necesario dar consistencia a la base de esa confianza, controlando el acceso al Registro (436); por el contrario, cuando, sin asegurar la eficacia de la adquisición inscrita, se limita a robustecerla *a posteriori*, haciéndola preferente respecto de cualquier otra anterior no inscrita, basta, sin necesidad de control específico alguno, con dar libre entrada al Registro a cualquier acto adquisitivo (437). Ante dicha alternativa, y en razón del valor atribuido a la publicidad en nuestro Derecho, no resulta dudoso que nuestro legislador había de alinearse con el modelo prusiano (438). De todos modos, la evolución posterior de las líneas germánica y francesa determinará que, en el actual Derecho, la plasmación española del principio de legalidad presente intensidad y perfiles propios, llegando a constituir nuestra calificación registral un modelo (439) al cual se acercará posteriormente el sistema suizo.

(436) «En matière de registres publics, —afirma DESCHENAUX: *op. cit.* p. 396— l'étendue du pouvoir de contrôle dépend de la portée que la loi attribue à une inscription. Plus grande est cette portée, plus large sera l'examen auquel le préposé pourra et devra procéder». La idea se impone por sí misma y puede vérsela expuesta en el común de nuestra doctrina. *Cfr.*, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* p. 64; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad. cit.* pág. 434, quien la expone en términos que tras él repetirán incluso literalmente algunos de nuestro autores: «En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios». DE CASSO: *op. cit.* pp. 178-179; COSSÍO: *op. cit.* p. 99; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 146; DíEZ-PICAZO *op. cit.* p. 315; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 57; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales ... cit.*, p. 539: «El rigor del procedimiento es la base de la eficacia del Registro».

(437) Vale aquí la razón aducida por TROPLONG: *op. cit.* p. 291, para excluir el requisito de titulación auténtica: «La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître [...] Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé?». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* p. 755: «La ausencia de poderes más amplios y del principio de legalidad es congruente con la ausencia en el sistema francés del principio de exactitud registral: no es necesario que el Registrador juzgue sobre la validez de los títulos, porque el Registro no se deducirá presunción alguna sobre la existencia y contenido de los derechos».

(438) Ya del Anteproyecto de 1848 así lo afirma OLIVER: *op. cit.* pág. 52: «Con esto el Anteproyecto aceptó el gran principio conocido entre los juristas alemanes con el nombre de *principio de legalidad*, que con los de la *publicidad* y *especialidad* constituyen las tres grandes bases en que descansa el sistema inmobiliario alemán».

(439) CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, *cit.* p. 44: «Otra materia donde el estudio comparado de todas las legislaciones puede ofrecer insospechadas consecuencias es la referente a la calificación registral. En ella, los españoles tendrán mucho que decir y enseñar, porque, a mi juicio, la calificación en el sistema español vigente es la más completa y exigente del mundo; abarca, como dijo don JERÓNIMO, lo divino y lo humano, y viene a ser tanto la grandeza como la servidumbre del Registrador español».

En efecto, mientras Francia —aunque sin llegar nunca a exigir el examen de fondo— evoluciona desde su posición inicial hacia otra donde se admite alguna forma de control de entrada al Registro (440), Alemania, en sentido inverso, manteniendo el principio de control o examen, limita éste al campo de lo puramente procedimental o adjetivo (441), y, en razón de la abstracción del acuerdo transmisivo, deja fuera de su alcance la verificación de la legalidad y validez del contrato-*causa* de la transmisión (442). Tan llamativa es la evolución, sobre todo la alemana, que en nuestra doctrina CARRETERO ha llegado a plantear si, desde el punto de vista comparatista, el «escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador» no será algo bien próximo a la negativa francesa a entrar en la validez de fondo de los actos inscribibles (443). Sea de ello lo que fuere —probablemente

(440) Comentando la reforma francesa de 1955, PEÑA: *op. ant. cit.*, p. 755: «Tras la reforma han aumentado los poderes del Registrador, pero se conciben todavía como excepcionales y referidos al control de ciertas condiciones especialmente exigidas, bien por considerarse necesarias a la mecánica registral o bien por otras razones especiales. El Registrador nunca juzga, en principio, sobre la validez de los títulos y existencia de los derechos, es decir, esta ausente del sistema francés el principio de legalidad». En la doctrina francesa, MAZEAUD: *op. cit.* p. 563: «*Le conservateur n'a pas qualité pour apprécier la validité d'un acte, le droit du disposant ou la capacité des parties. Les rédacteurs des décrets de 1955 et du 7 janvier 1959 se sont refusés à donner à un fonctionnaire de l'Administration des finances des pouvoirs qui ne doivent appartenir qu'à un juge. Mais ils lui ont accordé des pouvoirs accrus quant au contrôle de la régularité en la forme. On a indiqué qu'il doit refuser le dépôt si le titre du disposant ou précédent titulaire n'a pas été publié. Il doit également exercer un contrôle sur les opérations qui conditionnent la publicité: rédaction d'un acte authentique, mention de la certification de l'identité des parties, désignation de l'immeuble, etc.*»; también, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.* pp. 464-466.

(441) Así destacado por MEIKEL-IMHOF-REDEL: *op. cit.* p. 293: «Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht beschränken sich auf das formelle Grundbuchrecht, erstrecken sich daher nicht auf das materielle Recht».

(442) *Cfr.*, en nuestra doctrina, JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios I, cit. pág. 111: «Sin embargo, el derecho y el deber de comprobar que incumbían al antiguo Juez territorial de Prusia, Sajonia y Altemburgo, y que se extendían al fondo *causal del asunto*, [sub. del a.] han encontrado una limitación importante en el nuevo Derecho con la cristalización independiente del negocio real en el acuerdo traslativo (*Einigung*) y el carácter abstracto del consentimiento, que generalmente dejan fuera del alcance de la censura hipotecaria la licitud y supuestos del contrato obligatorio u obligacional y aun la tradición misma. Por eso, afirma Willenbücher que no existe este principio de legalidad en el sistema actual»; también, CARRETERO: *op. cit.*, pp. 44-45: «La verdad es que el «pesado *Legalitätsprinzip*», vigente en el Derecho prusiano antes de 1872, fue suprimido por virtud de la introducción del acuerdo abstracto de las partes librado de todo el aparato de la *causa precedens*. La calificación se reduce al *Einigung* e incluso al mero consentimiento formal». Sobre el ámbito de la calificación registral en el vigente Derecho alemán, *vid.* WOLFF-REISER: *op. cit.* pp. 199-201.

(443) CARRETERO: *op. ant. cit.* p. 45: «... y la prohibición de entrar en la calificación de la validez de fondo de estas legislaciones [las latinas] acaso no esté tan lejos como parece del escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador, que consumó el B.G.B. (y la Ordenanza)».

el distinto enfoque de la publicidad y la diferencia de sus consecuencias, mantenidos uno y otras en cada sistema, impedirían la identificación de ambos en este punto— lo cierto es que, desde que el sistema registral alemán derivó en su actual plasmación, nuestra calificación registral, de inspiración prusiana, queda como exponente en solitario de un principio de legalidad a cuya intensidad y extensión sólo se acerca, sin identificarse con él, el régimen suizo. Se acerca éste al español, porque en Suiza, como en España, el control de entrada al Registro se extiende tanto a lo formal como a lo material, al acto directamente transmisivo y a su fundamentación causal-obligacional (444); pero no se identifica con él, porque en España la calificación registral tiene que afinarse especialmente por consecuencia de nuestra admisión del sistema de *numerus apertus* (445). Tenemos así establecida en nuestro sistema una forma de calificación registral que, extendiéndose tanto a la legalidad formal de los documentos presentados a inscripción como a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en ellos (art. 18 LH) (446), abarca, en la malhumorada hipérbole de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «todo lo divino y lo humano» (447), y que, supuesta la intervención del Notario en el otorgamiento del acto inscribible (*principio de titulación auténtica*), conduce a un ulterior control de legalidad, necesario, al menos, por la nueva perspectiva registral desde la que se acomete (448), y justificado para hacer del Registro de la Propiedad el instrumento que nuestro legislador concibió para asegurar la confianza que en él habían de poner los terceros adquirentes.

(444) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Código Civil suizo*, «Estudios...» I, *cit.* p. 160: «La íntima unión establecida entre el título de adquisición y el consentimiento inscribible, extiende desmesuradamente la función calificadora del encargado del Registro, que retrocede a la relación causal, como en las antiguas legislaciones basadas en el principio de legitimidad». Para la distinción en Suiza entre legalidad material y formal y, en razón de la primera, para el control de validez del título obligacional transmisivo. *cf.* DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 395 ss., esp., 408-419.

(445) Puede observarse el contraste en DESCHENAUX: *op. cit.* p. 416: «*e*) *En particulier, les rapports juridiques non susceptibles d'inscription. Le problème de l'illicéité se pose avant tout pour la possibilité d'inscrire, d'annoter ou de mentionner le droit réel ou le rapport juridique qui est l'objet de la réquisition («inscriptibilité»). A cet égard, le pouvoir de contrôle s'exerce pleinement. Le conservateur est chargé de veiller à l'application du principe du numerus clausus, applicable aux inscriptions proprement dites, aux annotations [...] et même aux mentions [...]. Il doit tenir la main à ce que ne figurent pas dans son registre des clauses et modalités incompatibles avec le système du droit foncier suisse».*

(446) Para una autorizada y general presentación de ese contenido, *vid* Díez-PICAZO: *op. cit.* pp. 317-319.

(447) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, *cit.*, p. 437; «... y en nuestro sistema se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano».

(448) Aunque a veces la doble calificación ha sido objeto de crítica en nuestra doctrina —*cf.* sobre ello SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 161, y DE CASSO: *op. cit.* p. 180— lo cierto es que sólo el Registrador puede disponer del dato registral justificadamente necesario para calificar por lo que resulta de los documentos presentados y «de los asientos del Registro» (art. 18 LH).

Pasando del planteamiento general al *iter* concreto de la individuación del requisito de legalidad como principio hipotecario y de su consagración legal en nuestro Derecho Inmobiliario-registral, hay que convenir con Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (449) en que fue OLIVER quien por primera vez destacó la transcendencia principal del que hoy reconocemos como principio de legalidad, y el que, a imitación de los especialistas germánicos, lo situó entre nosotros en la misma línea de los dos grandes principios, tan reiteradamente invocados y subrayadamente afirmados, de publicidad y especialidad. Ciertamente, es OLIVER quien habla de «el gran principio conocido entre los juristas alemanes con el nombre de *principio de legalidad*, que con los de *publicidad* y *especialidad* constituyen las tres grandes bases en que descansa el sistema inmobiliario alemán» (450), y quien, al mismo tiempo, lamenta el defectuoso conocimiento que de él tenían los ilustres jurisconsultos que elaboraron el Proyecto de Código Civil de 1851, quienes, incluso el mismo LUZURIAGA, aunque conscientes de su importancia (451), carecieron de un «verdadero concepto científico» del mismo y de sus «fundamentos racionales e históricos» (452). Admitido lo que de cierto hay en esta queja, también es cierto que ya en los prolegómenos de nuestra Ley Hipotecaria —arts. 60 y 127, y los que siguen a uno y otro en el Anteproyecto de 1848 (453), y art. 1883

(449) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*. «Estudios ...» I. *cit.* pp. 292-293.

(450) OLIVER: *op. cit.* p. 52.

(451) OLIVER: *op. cit.* p. 70: «Ciertamente que no se ocultó a la clara inteligencia de LUZURIAGA y de sus colegas de Comisión la importancia de este principio y la necesaria relación en que se halla con el sistema de la Aseguración o Consolidación de la propiedad. En efecto, dice el mismo LUZURIAGA: «Por lo mismo que se han atribuido a la Inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda [...] Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema alemán»».

(452) OLIVER: *op. cit.* pp. 71 y 72.

(453) Art. 60: «El tenedor del Registro se abstendrá, bajo su responsabilidad, de inscribir ningún título o acto si no consta la capacidad legal de la persona que lo haya otorgado, o si ha dejado de observarse en él alguna de las formalidades que las leyes requieren, según la cualidad de las personas y la naturaleza de los actos. La obligación impuesta al tenedor del Registro en este artículo se limita al examen de las formas de solemnidad del título y al de las cualidades extrínsecas de las personas, como la de mayor edad, soltería respecto de las mujeres, o la necesaria autorización, en su caso, y otras semejantes». Art. 127: «El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que se les hayan presentado, y, concluido el examen, inscribirá los que hallase correctos, devolviendo al interesado el título y uno de los ejemplares de la minuta, en que hará constar, bajo su firma, haberla transcrito en el Registro, citando el libro y página que contiene la inscripción». Sobre la base de estos artículos comentaba Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de legalidad*, *cit.* pág. 433: «No era desconocida esta materia para D. CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, como lo demuestran las extraordinarias facultades concedidas al tenedor del Registro por los arts. 60 y siguientes, y 127 y

del Proyecto de 1851 (454)— se establecía, como requisito de la inscripción, la legalidad de los títulos inscribibles y, para su adecuado control, la actuación discernidora del tenedor del Registro, a través de la calificación registral; y que, definitivamente, en 1861 la palabra «legalidad» evoca la idea de una propiedad general y esencial del Registro (455), cuya efectividad y realidad exige del Registrador una labor de calificación de los títulos inscribibles atendiendo, tanto a las formas extrínsecas de las escrituras y a la capacidad de los otorgantes (456), como a lo que resulte previamente del Registro (457). El resultado de todo ello va a ser la instauración de un sistema que a la altura de 1944, en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, nuestro legislador interpreta «fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad».

siguientes del Anteproyecto de los Títulos relativos a Hipotecas y Registro público redactado en 1848 por el mismo juriconsulto; pero acaso no tuviera «formada una idea científica, ni siquiera histórica, del gran principio de legitimidad o legalidad», al menos centraba toda su energía en la exigencia de titulación auténtica para realizar la inscripción de un acto, y no en la calificación del mismo (*cognitio causae*) por el encargado de la oficina». Con anterioridad, e igualmente a la vista de la exigencia de titulación auténtica y de la función examinadora encomendada en los preceptos transcritos al tenedor del Registro, había comentado OLIVER: *op. cit.* pp. 52-53: «Con esto, el Anteproyecto aceptó el gran principio conocido por los juriconsultos alemanes con el nombre de principio de legalidad [...] En consecuencia de este principio fundamental, el Anteproyecto otorga al Tenedor del Registro la facultad de admitir, suspender o denegar la toma de razón de los documentos presentados a inscripción, señalando el procedimiento que habrá de seguir en cada uno de estos casos. [...] Tales son, sucintamente expuestas, las principales disposiciones del Anteproyecto de Luzuriaga, en los [sic] que se desenvuelven y desarrollan los principios de la *publicidad* y de la *legalidad*, que constituyen con la *especialidad* las bases del nuevo sistema inmobiliario que se propuso introducir en España» (subs. del a.).

(454) «El tenedor del registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados; y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley». Ve consagrado en este artículo el principio de legalidad, RAMOS FOLQUES: *Lexicografía cit.* p. 150. Más ampliamente sobre ello, OLIVER: pp. 71-72, quien toma pié en la omisión de todo comentario y explicación de este artículo, y de sus complementarios, para deducir el defectuoso conocimiento de LUZURIAGA acerca del principio de legalidad.

(455) Puede comprobarse en la Exposición de Motivos, pág. 307: «No debe la Comisión exponer aquí todas las medidas que propone sobre el modo de llevarlos [los Registros] para asegurar su legalidad y autenticidad».

(456) Art. 18, en su redacción originaria: «Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras».

(457) Aunque no se formule expresamente en el art. 18, resulta abiertamente de artículos como el 20, I («También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiere o grave») o, antes, el 17 («Inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble»). No pasó ello desapercibido a GÓMEZ DE LA SERNA, para quien la finalidad de la calificación es —*op. cit.* p. 530— que no se inscriban «los documentos que por cualquiera de dichas faltas lleven en sí un vicio radical que pueda conocerse sin más que por su lectura, o por las investigaciones que el mismo Registro facilite» (el subrayado es nuestro).

Llegados así al establecimiento del principio de legalidad en 1861, conviene todavía tomar nota de un dato histórico, y, a partir de él, destacar de nuevo la idea que nos viene guiando como *leit Motiv* al ocuparnos de los grandes temas del Derecho de la publicidad inmobiliaria. El dato histórico es el *in crescendo* que —en sentido inverso al de la evolución alemana— ha experimentado en nuestro sistema la afirmación del principio de legalidad y, paralelamente a él, el ámbito y la profundidad de la calificación registral. En efecto, mientras ésta se limitaba originariamente en el art. 18 de la Ley a las formalidades externas de las escrituras y a la capacidad de los otorgantes, pareciendo consistir, tal como daba a entender GÓMEZ DE LA SERNA, en un juicio superficial, limitado a la detección de nulidades que saltan a primera vista sin más que leer los documentos presentados (458), la Real Orden de 24 de noviembre de 1874 declaró que, a pesar de los términos literales de la Ley, el Registrador podía y debía entrar a calificar las formas intrínsecas de todos los títulos presentados, y posteriormente la Ley de 1909 sometió a calificación «la validez de las obligaciones de las escrituras públicas» (459), haciendo con ello indicación del ámbito que, con mayor ortodoxia hipotecarista (460), expresa hoy la Ley refiriéndose a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas» (art. 18 LH). Y tras la constatación del dato, el destacado de la idea: Efectivamente, en cada uno de sus goznes o puntos capitales es dado comprobar la peculiar fisonomía de nuestro sistema inmobiliario-registral. No se produce en él la drástica reducción de la materia some-

(458) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 530: «Esto equivale a decir que no inscriban los documentos que por cualquiera de dichas faltas lleven en sí un vicio radical que pueda conocerse sin más que por su lectura [...] porque el Registro está abierto para todos los títulos legítimos, no para aquellos que en sí mismos lleven a primera vista, y sin su profundo estudio, una nulidad que los hace ineficaces. Esto es lo que quiere la Ley, que de propósito se ha limitado a las nulidades que son patentes, sin autorizar a los Registradores a llevar más adelante sus investigaciones, ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajo otros aspectos, cuya apreciación, en su caso, sólo corresponderá a los Juzgados y Tribunales cuando sean excitados por los particulares».

(459) Vid sobre ello: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, cit. pp. 438-442; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 160-162.

(460) Para la crítica de la formulación anterior y la celebración de la nueva puede verse PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.* p. 205. Con todo, aunque también aplaudiendo el cambio, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 161-162: «No obstante, la validez de las obligaciones no puede afirmarse de un modo absoluto que esté excluida de la calificación. Dada la admisión de la doctrina del título y el modo en nuestra legislación para la adquisición de los derechos reales, y consistiendo el título en un contrato, es indudable que la validez del contrato cae bajo la calificación registral, en cuanto es precedente causal necesario para la validez del acto dispositivo. Mas a pesar de todo, es indudablemente acertada la posición de la Ley actual, pues con ella queda restringida a sus justos términos la calificación de las relaciones obligatorias contenidas en el título: el Registrador calificará la validez de aquellas que constituyan el contrato, pero no aquellas otras que no afecten a la eficacia y validez del título de transmisión».

tida a calificación que se operó en Alemania; porque en nuestro Derecho la publicidad y su mecanismo operativo no ha desnaturalizado el procedimiento de transmisión de los derechos reales. Mientras en Alemania la validez de lo inscrito resulta, más que de la efectiva comprobación de sus presupuestos naturales, de la amputación de éstos y de su desconexión respecto de la mutación jurídico-real a inscribir, en nuestro Derecho el sistema de título y modo respeta la natural conexión entre el contrato de finalidad traslativa y la efectividad de la transmisión que sigue a la entrega. En razón de ello, la seriedad del Registro exige llegar hasta el final en el control o examen de validez de lo que va a publicarse, extendiendo la calificación a su origen causal en el acto o contrato que constituye su título fundamentador. De otra parte, aunque en nuestro Derecho la inscripción registral no añade un adarme de validez al título inscrito (art. 33 LH), no por ello, como por esa misma razón se arguye en Francia, se va a admitir a publicidad cualquier documento a tal fin presentado al Registro. Lo que la inscripción puede y debe proporcionar al derecho inscrito es su publicidad o cognoscibilidad legal, y cuando tal publicidad se persigue con la finalidad de asegurar en el tráfico la general confianza de adquirentes e impositores, no hay más remedio que controlar la entrada de lo que en el Registro se va a publicar. No da ese control la definitiva certeza en Derecho que es propia de las resoluciones judiciales definitivas, pero tampoco sería necesario. Para cumplir su función aseguradora del tráfico de buena fe, al Registro le basta con ser apariencia de la realidad, en la que, por su seriedad y rigor —al que, entre otros elementos, contribuye la calificación registral— se pueda confiar.

8.º *Principio de prioridad-cierre*. El efecto de preclusión procesal en que consiste el cierre registral, es la natural repercusión libraria del principio de prioridad en un sistema, como el nuestro, donde el Registro se organiza sobre la base del folio real y donde la publicidad, por desencadenar efectos positivos, se somete a las exigencias del principio de legalidad. Intentamos razonarlo —suficientemente, según nos parece— al tratar de la prioridad, exponiendo los principios hipotecarios sustantivos, y distinguir en ella entre la prioridad-rango, como su manifestación material, y la prioridad-cierre, como su proyección adjetiva o formal. Valga, pues, en este lugar la remisión a lo entonces dicho.

9.º *Principio de tracto sucesivo*. Consiste el requisito del tracto sucesivo en la exigencia —tratándose, obviamente, de derechos sobre finca ya inmatriculada— de previa inscripción del derecho de quien otorga el acto cuya inscripción se solicita, y se manifiesta en otra forma de *cierre* (461) del Registro: ahora, la que excluye de él los actos

(461) La expresión aparece ya en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 548: «Al establecer la Ley el precepto que comentamos [...] cierra, en cuanto es posible, las puertas de los Registros a los actos y contratos de origen ilegítimo...».

otorgados respecto de derechos inscritos por persona distinta a quien tabularmente aparezca como su titular (art. 20 LH). Se sustancia así en la concatenación de los asientos registrales, los cuales, engarzado cada uno en el anterior y sustentando al siguiente, dibujan la línea genealógica de titulares que, como decía NÚÑEZ LAGOS (462), preserva la pureza étnica del sistema.

La exigencia de continuidad en el tracto de los asientos registrales es algo que cae por su propio peso en un Registro estructurado sobre la base del folio real (463), y en cuyo régimen la toma de razón, en virtud del principio de legalidad, se somete rigurosamente al control de la calificación registral (464). Explica ello que en nuestro sistema registral el tracto sucesivo adquiera un relieve sin paralelo en los modelos comparados; pero hace, igualmente, que en virtud de tal relieve, y por tener que convivir con otros principios igualmente intensos en nuestro sistema, plantee también problemas peculiares de identificación de sí mismo y de diferenciación respecto a los que más se le aproximan. Interesa entrar algo más en la exposición y justificación de lo dicho.

Peculiar relieve del tracto sucesivo en nuestro Derecho inmobiliario-registral: Aquí no es necesaria la justificación; basta la simple constatación. Comenzando por el modelo francés, y situándonos temporalmente en 1861, más que de diferencia habría que hablar de completa contrariedad. GÓMEZ DE LA SERNA, tan inclinado siempre al apoyo de las concordancias comparadas, tiene que admitir que nuestra exigencia de continuidad en el tracto registral, no encuentra posible paralelo en la Ley francesa de Transcripción: «las [legislaciones] que, como la francesa, dejan al interés particular la seguridad de estos derechos, y en que el Registrador no tiene ninguna inspección sobre la validez de los actos que han de inscribirse, no hay ninguna

(462) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. pág. 161: «En la cuenta corriente de toda finca cada título llegado al Registro ha producido un asiento. La serie de títulos inscritos ha engendrado una cadena de asientos. A este rosario de asientos se le llama *tracto sucesivo formal*. Mas cada título inscrito —y por tanto, cada asiento— lleva su titular: un sujeto de derecho a quien se atribuyen los derechos inscritos. La serie de los títulos inscritos ha producido una genealogía de titulares; a esto se llama tracto sucesivo *material* o sustantivo. Es la pureza étnica del sistema» (subs. del a.).

(463) La connaturalidad entre folio real y tracto sucesivo es afirmación muy común en nuestra doctrina; *cfr.*, por todos, DíEZ-PICAZO: *op. cit.* p. 331: «Es ésta una exigencia lógica conforme con el sistema registral de folio real o del Registro por fincas».

(464) La conexión entre tracto sucesivo y calificación registral aparece justamente destacada en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 557: «Por regla general, todas las legislaciones que dan a los Registradores o a las cámaras hipotecarias atribuciones para ejercer cierta inspección sobre las circunstancias de los contratos, les imponen también el deber de pedir los documentos de apoyo que justifiquen los derechos del enajenante para que así la nueva inscripción tenga las justificaciones necesarias a su validez y no adolezca desde luego de un vicio de nulidad».

disposición análoga al artículo que concordamos» (465). Distintas son las cosas al día de hoy: Tras la reforma de 1955 (466), y bajo la inapropiada (467) denominación «efecto relativo de la publicidad», en Francia se impone el requisito de la previa inscripción, que, en un sistema donde el Registro, aun tras la creación del fichero inmobiliario, no se lleva por fincas, y donde no hay control de fondo del título a inscribir, no puede resultar sino una pieza añadida al conjunto, con ninguna armonía (468) y muy limitado provecho (469). Por razones distintas, tampoco en el modelo germánico reviste el requisito del tracto el mismo interés que en nuestro Derecho. En efecto, salvada en el Derecho alemán la concatenación registral en las adquisiciones derivativas por gracia del carácter constitutivo atribuido a la inscripción registral, el tracto, anónimamente y sin figurar nunca en la relación de los principios registrales, apenas asoma a través de la necesidad de previa inscripción establecida en la Ordenanza del Registro (470) para

(465) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. et loc. ant. cit.*

(466) Art. 3 del Decreto de 4 de enero: *Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret.*

(467) Cfr. MAZEAUD: *op. cit.* p. 689: «Cette règle, que le législateur a improprement qualifiée «effet relatif de la publicité» ...»; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.* p. 476: «Le décret du 4 janvier 1955 a emprunté au droit d'Alsace-Lorraine la règle malencontreusement qualifiée de règle de «l'effet relative de la publicité»».

(468) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* pp. 753-754: «Ciertamente podría parecer un tanto inarmónico exigir el tracto sin establecer a la vez el principio de legitimación y los de legalidad y prioridad en el sentido de incompatibilidad formal. Pero no deja de tener alguna utilidad dentro del sistema francés: es una garantía del cumplimiento de la obligación de inscribir y de que el Registro está más al día en su información, ya para conocimiento de un particular o del Fisco, ya para la concordancia más actual del Catastro y del Registro».

(469) MAZEAUD: *op. cit.* pp. 558-559: «Il semble que les conséquences de la règle, telle qu'elle est posée en droit français, ne soient pas à la mesure des ambitions du législateur: dans le droit d'Alsace-Lorraine, le principe présente un intérêt pour les usagers, car chaque inscription au livre foncier donne lieu à un contrôle de la régularité, non seulement en la forme, mais au fond, par le juge du livre foncier. Au contraire, le conservateur des hypothèques ne contrôle pas la régularité quant au fond. [...] Cela ne signifie pas que l'effet relatif de la publicité soit dépourvu d'avantages en droit français [...]. Mais il serait regrettable que les usagers attribuent au principe une portée qu'il ne peut avoir, et soient ainsi détournés de s'adresser à leur notaire pour le contrôle indispensable du droit de l'aliénateur».

(470) GBO § 39 (1): «Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen ist, als der Berechtigte eingetragen ist». § 40 «(1) Ist die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so ist die Vorschrift des § 39 Abs 1 nicht anzuwenden, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlaßpflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder Nachlaßpfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. (2) Das gleiche gilt für eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers oder auf Grund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen den Erben wirksam ist».

hacer llegar a éste las adquisiciones no sometidas al principio de inscripción. A la vista, pues, de los modelos comparados, resalta la antes afirmada peculiaridad de relieve del tracto sucesivo en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria. Presente en él desde el primer momento (471) y como exigencia natural del sistema adoptado, gozando a veces de la consideración de «principio fundamental» (472), tiene que convivir en el sistema con otros tan importantes como los principios de prioridad y de legitimación.

Y va a ser aquí, justamente: en el campo de roces provocado por la convivencia, donde va a aparecer la problemática suscitada en nuestra doctrina en torno al principio de tracto sucesivo. ¿No puede, en efecto, coincidir el defecto de previa inscripción (art. 20 LH) con el adelanto en inscribir su derecho de quien pudo efectivamente hacerlo por consecuencia del descuido de otro que anteriormente había adquirido ese mismo derecho pero no se preocupó de inscribirlo (art. 17 LH) (473)? He aquí una zona de interferencia posible en nuestro Derecho e im- planteable en el originario sistema francés. E igual puede decirse a propósito del principio de legitimación: Si en virtud de la publicidad se presume dueño a quien como tal aparece inscrito, ¿qué añade al sistema el principio de tracto sucesivo? ¿Puede ni siquiera hablarse de un tal principio, o no se tratará en él más bien de un simple corolario (474) del mismo principio de legitimación? He aquí otra cuestión planteable en nuestra Derecho y a la que el sistema alemán daría tácita respuesta silenciando al tracto sucesivo en la enumeración de los principios re-

(471) Art. 20 de la Ley Hipotecaria de 1861, cuyo párrafo primero establecía: «También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave». Con anterioridad, el art. 1820 CC en el Proyecto de 1851: «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del Registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre los que ha de recaer la inscripción. Sin embargo, en el caso de haberse transferido la propiedad por causa de muerte, podrá hacerse de un derecho procedente del difunto, dentro de los seis meses, contados desde el día en que se abrió la herencia».

(472) MORELL: *op. cit.*, p. 80, lo incluye, como principio sustantivo, dentro de los «primarios o fundamentales»: «3.º El de *tracto sucesivo*: para que la historia jurídica de la propiedad aparezca como un encadenamiento lógico, en que las diversas transmisiones, derivándose unas de otras, no dejen lugar a dudas respecto la (sic) preexistencia de la cosa en el patrimonio del transferente».

(473) Para VILLARES: *op. cit.* p. 297, como vimos al tratar del principio de prioridad, tal principio está implícito en el art. 20 de la Ley Hipotecaria.

(474) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, II, *cit.*, pp. 94-95: «En este punto [justificación del tracto desde la legitimación dispositiva del titular inscrito] se situaba por la doctrina el principio del tracto sucesivo en su aspecto sustantivo; pero esto es inadmisibile, ya que de querer elevar a la categoría de principio lo que es un simple corolario, nos encontraríamos con que el tracto sucesivo es una consecuencia de la previa inscripción, pero no el fundamento de ella».

gistrales. De todos modos, en nuestra opinión no hay razón consistente para negar al requisito del tracto el carácter de principio hipotecario que la común doctrina le reconoce. Concretando más, creemos que acierta la Exposición de Motivos de 1944 cuando lo califica como principio hipotecario adjetivo o formal (475).

Que el tracto sucesivo pueda funcionar como principio compatible con el de prioridad y conviviendo con éste, resulta sin gran dificultad una vez distinguida la peculiar inspiración de cada uno de ellos y sus respectivas zonas de aplicación. La prioridad-cierre es, según hemos visto, la derivación adjetiva del principio de prioridad en un sistema registral desarrollado técnicamente, con folio real y calificación registral; pertenece, por ello, a la veta latina de nuestro sistema hipotecario. El tracto sucesivo, en cambio, es el baluarte procedimental que asegura al Registro la solidez necesaria para asentar en él los principios de legitimación y fe pública (476); se integra, por tanto, dentro del sistema en su más puro núcleo germánico (477). En razón de sus diferentes presupuestos de partida, mientras el cierre derivado de la prioridad se limita a los actos otorgados por el mismo causante de quien trae causa el adquirente ya inscrito, el cierre motivado por la falta de previa inscripción del otorgante se refiere a títulos provenientes de cualquiera que no sea quien al tiempo de solicitarse su inscripción figure en el Registro como titular con facultad para otorgarlo (478). Y por otra parte, mientras el cierre derivado de la prioridad excluye del Registro sólo a los títulos anteriores en fecha al ya inscrito, el motivado por la falta de previa inscripción se orienta a la exclusión de los posteriores (479).

(475) «En el principio formal de tracto sucesivo —dice literalmente— han sido reconocidas nuevas excepciones ...».

(476) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 556-557: «La disposición del artículo que dejamos comentado, sólo tiene por objeto la de dar toda la validez posible al derecho inscrito, no admitiendo al Registro documentos que tengan un origen dudoso». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 56: «Esto [la concatenación impuesta por el requisito del tracto sucesivo] representa una indudable garantía y aumenta la fiabilidad del Registro».

(477) No siempre se establece así en nuestra doctrina la relación entre ambos principios: mientras SANZ FERNÁNDEZ conecta el cierre del art. 17 con el principio de fe pública, PEÑA lo hace derivar juntamente con el tracto sucesivo, del principio de legitimación, único inspirador sustantivo de ambas formas de cierre en tal interpretación. Dice, en efecto, SANZ: *op. cit.* p. 93: «De la misma manera que [...] el art. 17 de la Ley es la manifestación formal de la fe pública, el tracto sucesivo es la manifestación formal de la presunción de titularidad que establece la legitimación registral». Y a su vez, PEÑA: *Derechos reales, cit.* p. 591: «Consecuencias registrales [de la «situación registral»].— La salvaguardia judicial de las declaraciones registrales tiene su reflejo en el mismo procedimiento registral: 1. El Registro se cierra a los títulos incompatibles, aunque sean anteriores al inscrito (cfr. art. 17-1, LH) [...] 2. El Registro se cierra a los títulos dispositivos o declarativos otorgados por persona distinta del titular registral (cfr. art 20, y I y II (sic) LH) ...».

(478) Así, e.c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español, cit.* p. 161, COSSÍO: *op. cit.* p. 171; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 55-56.

(479) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 134.

Tampoco es difícil la distinción entre tracto sucesivo y legitimación, ni la explicación de la convivencia de ambos como principios distintos en un mismo sistema, siempre que, sin perjuicio de su comunidad de fondo, se asigne a uno y otro su propio campo de juego. Que entre el tracto sucesivo y la legitimación existe comunidad de fondo es algo que aparece sin más cuando se trata de razonar el requisito legal de la previa inscripción del derecho del otorgante. GÓMEZ DE LA SERNA lo hacía en los siguientes términos al comentar el art. 20 de la Ley Hipotecaria:

«Al establecer la Ley el precepto que comentamos, guarda armonía y consecuencia con el espíritu que la domina, protege y asegura los derechos inscritos, dificulta fraudes y estafas, cierra, en cuanto es posible, las puertas de los Registros a los actos y contratos de origen ilegítimo, conserva en su integridad la historia de las fincas, impide que aparezcan títulos apócrifos mezclados en las páginas con los verdaderos evitando así el desprestigio de los libros, y por consiguiente el de la propiedad y de los demás derechos *en* las cosas inmuebles, y enseña a todos los que tengan derechos legítimos el modo fácil, sencillo y expedito de remediar la falta de la inscripción anterior y de poder hacer la del documento que llevaron a inscribir. A todas estas ventajas que produce el artículo en favor de los derechos civiles, debe añadirse otra no menos importante, y de que hemos hablado en otro lugar, a saber que por este medio indirecto empleado por la ley como algunos otros de la misma clase, se consigue que se inscriban títulos que de otro modo no se registrarían» (480).

Hay en este texto referencias, y son ciertamente las más abundantes, a la dimensión libraria y procedimental del tracto sucesivo: cierre registral, integridad de la historiografía de las fincas, preservación de las páginas del Registro frente al peligro de los títulos apócrifos, fomento de la inscripción; pero junto a ellas no faltan otras relativas a los efectos sustantivos de la inscripción: el tracto —se dice— «protege y asegura los derechos inscritos», y es que, según se indicó en el párrafo inmediatamente anterior al transcrito, «el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero» (481). La amalgama es evidente. La explicación

(480) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 548-549.

(481) Literalmente, dicho párrafo: «No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia, la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus

de cualquier punto interesante en la trama de la nueva Ley provoca el alud de sus principios inspiradores. ¿En qué se está pensando ahora: en los requisitos de la inscripción a practicar, o en los efectos de la ya practicada?; ¿en el aseguramiento de la noticia registral, o en la eficacia dispositiva del acto otorgado por el ya titular inscrito? La pregunta se hace más acuciante si del texto de GÓMEZ DE LA SERNA pasamos al de la Exposición de Motivos de 1861 que, aunque perdido bajo el epígrafe *Extensión de la hipoteca*, más de cerca encara el requisito del tracto sucesivo:

«Es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial, y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar e hipotecar, concedida a los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocido como se propone el legislador por medio de los Registros que a la propiedad inmueble se refieren» (482).

O al anterior de LUZURIAGA comentando la exigencia legal de previa inscripción:

«Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción; además que el Registro serviría para engañar al que, contratando con un supuesto propietario, hallase en él facilidad para inscribir su convenio si no se le advirtiera que había sido defraudado» (483).

El tracto aparece en ellos, desprovisto de cualquier otra consideración libraria, como pura derivación de lo que hoy se denomina *legi-*

disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsora hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes [...].».

(482) E. M., p. 279.

(483) LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944.

titimación registral, aplicada al acto dispositivo cuyas resultan intentan acogerse a los libros del Registro, y sin que pueda a ciencia cierta resolverse si es el control del título inscribible lo que da solidez al contenido del Registro, o si es el valor de lo previamente inscrito lo que asegura la fiabilidad de aquello otro que, por derivar de ello, logra para sí la apertura registral.

De todos modos, que las cosas se hayan producido al modo indicado no debe causarnos gran extrañeza. Es la consecuencia de la antes indicada comunicación de fondo entre la legitimación registral y el tracto; y de la confusa captación de los principios hipotecarios en los momentos fundacionales de nuestro Registro de la Propiedad. No es, según hemos venido explicando, que se desconozcan sus grandes líneas o principios inspiradores; es, solamente, que no se da a cada uno de ellos nombre propio, ni se apura en el detalle de sus perfiles y confines. Se entiende así que mientras el hoy llamado principio de legitimación no tuvo claro y destacado reflejo en nuestra Ley Hipotecaria, la realidad no desconocida de su influjo tratara de aparecer doctrinalmente en la explicación de las normas que más de cerca se le aproximaban. En la que impone el tracto sucesivo se vio entonces consagrado el principio de legitimación (484). Por el contrario, una vez que éste

(484) Además de en los testimonios recogidos *supra*, nota 276, al tratar del principio de legitimación, puede verse ello, así como su influjo inercial en la doctrina posterior, en MORELL: *op. cit.*, pp. 371-372: «El art. 20 de la Ley es uno de los más importantes y de los que se aplican con más frecuencia. Encierra una de las bases de la Ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro. Para transmitir, para gravar, para modificar, para extinguir un derecho, es necesario que el que transmite, grava, modifica o extingue, aparezca en el Registro con facultades para ello, y así se concibe que debe ser, dado el sistema de publicidad de la Ley. Admitir otra cosa sería destruir todo el pensamiento del legislador»; CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 300-301: «El art. 20 de la ley, al establecer el principio fundamental del tracto sucesivo en nuestro régimen hipotecario, ha procurado asegurar al inscribiente su derecho; en virtud de lo que en este precepto se ordena, cada titular de un derecho podrá disponer del que le pertenezca y sólo del que le pertenezca, es decir, únicamente de lo que preexista en su patrimonio, cumpliéndose así aquel principio clásico del derecho según el cual *nemo dat quod non habet*. [...] para apreciar y determinar con verdadera exactitud la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, se necesita un elemento o medio suficientemente seguro y público, que muestre a todos con perfecta claridad la existencia del derecho con todo su alcance y extensión, y la persona a quien pertenezca; y como ese medio o elemento solo podrá conseguirlo el Registro de la Propiedad, de aquí que la previa inscripción a favor del transferente sea requisito indispensable para juzgar la legitimidad de la transmisión»; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...* *cit.*, p. 161: «El tracto sucesivo engendra un asiento por emanación del anterior. El consentimiento del titular inscrito es la base del asiento inmediato siguiente. Únicamente el titular inscrito está facultado para transmitir intervivos su derecho con arreglo a las normas del Registro. Así del tracto sucesivo hemos pasado al principio de legitimación»; COSSÍO *op. cit.* p. 110: «Roca ha visto en este artículo solamente «un precepto de carácter registral, o sea, de derecho hipotecario formal». Ciertamente que en él se consagra directamente el principio del «tracto sucesivo formal»; pero tal enfoque de la cuestión, olvida el aspecto más interesante de la misma, porque es indudable que del

pasa a ocupar en el texto de la Ley el destacado lugar que le corresponde, el requisito de la previa inscripción, entrando en fase de cuarto menguante, perderá parte de la entidad que antes recibía de prestado: de manifestación del principio sustantivo de legitimación, pasa a ser simple corolario procedimental del mismo: el principio adjetivo del tracto sucesivo.

Llegar en esta línea decreciente hasta negar al tracto su categoría de principio hipotecario, sería ir demasiado lejos. Aunque sea difícil imaginar la posibilidad de un sistema con legitimación registral y sin tracto sucesivo —destacado como tal principio o embebido en la necesaria continuidad de las inscripciones constitutivas—, la existencia del tracto sin legitimación, en Francia tras la reforma de 1955 o en Italia (485), basta a demostrar la separabilidad de aquél respecto del principio de legitimación. Si a ello se añade la distinción, dentro del Derecho registral, entre el campo de lo sustantivo y el de lo adjetivo u organizador, tenemos ya expedito el camino hacia la delimitación y fundamentación del principio de tracto sucesivo. Como exigencia previa a la inscripción, traducida, cuando no se cumple, en el cierre registral, constituye criterio organizador básico o principio hipotecario adjetivo o formal. Su diferencia, entonces, respecto al de legitimación destaca con claridad: mientras la legitimación constituye un efecto o consecuencia de la inscripción registral, el tracto sucesivo consiste en un requisito de la misma; mientras aquella proyecta hacia el tráfico el respaldo dado por el Registro al derecho inscrito, éste se alza como obstáculo librario al ingreso en el Registro de derechos que ante el mismo resultan de origen dudoso y problemática consistencia. Así es como la doctrina interpreta hoy el tracto sucesivo: como principio hipotecario, y principio de carácter formal (486).

párrafo transcrito se deduce de una manera clara que la mera titularidad formal o del libro, confiere a la persona inscrita facultades de disposición, basadas exclusivamente en este hecho de *aparecer como titular hipotecario o registral* sin que la realidad extrahipotecaria pueda limitar su poder en tanto no haya conseguido constancia registral que acredite la inexactitud del asiento».

(485) El «principio della continuità delle trascrizioni» aparece consagrado en el párrafo primero del art. 2650 del *Codice*: «Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto».

(486) Para ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 188, el principio de tracto sucesivo sería la más clara muestra de la existencia de principios netamente formales: «No creemos —dice— que se pueda ser devoto, ni mucho menos, de la virtud de esta clasificación [entre principios sustantivos o materiales y adjetivos o de procedimiento], pero sí que la confrontación de algunos principios hipotecarios revela la existencia de tal diferenciación entre ellos, como ocurre si se compara el principio de *fe pública* con el de *tracto sucesivo*, por ejemplo»; para la justificación del carácter formal del principio de tracto sucesivo, *vid.*, en el mismo ROCA SASTRE: *op. cit.* II, pp. 332-336; SANZ FERNÁNDEZ:

Ello admitido, entrar a discutir qué es primero: si el tracto, del cual derivaría la inscripción la fiabilidad que sirve de base a la legitimación registral, o la legitimación, que, por su propia virtud, justificaría la desconfianza frente a cualquier acto que no pudiera engarzarse en la cadena registral de titularidades (487) —entrar en esa discusión, decíamos— sería, en nuestra opinión, ceder al vano atractivo de un ejercicio de esgrima mental, inconsistente en sí mismo y mal planteado. En la realidad, ni el tracto es fundamento único y necesario de la legitimación, ni el solo dato de haber sido un acto otorgado por el titular inscrito basta para asegurar a éste su ingreso en el Registro. Ello advertido, tracto y legitimación, más que causa uno del otro, son ambos, aunque homogéneos entre sí, instrumentos distintos al servicio de una concepción del Registro sólidamente fundada y coherentemente articulada, cabal y completa como para poder cumplir su función publicadora de los derechos reales en condiciones de suscitar la confianza protegible de los terceros interesados en su conocimiento.

IV. EPÍLOGO: EL CARÁCTER RIGUROSAMENTE CIVIL DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Cuando en este momento, y a modo de epílogo, afirmamos el carácter rigurosamente civil de los Principios Hipotecarios no estamos pretendiendo cerrar los ojos a esa diversidad de normas de diferente naturaleza —civiles, procesales, administrativas— que permite fundamentar la autonomía didáctica y científica del llamado *Derecho*

op. cit. p. 93: «En nuestro Derecho, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 habla del principio formal de tracto sucesivo y la Ley lo regula en el art. 20, colocado entre otros del mismo carácter que regulan requisitos y forma de la inscripción. Esta sistemática es perfecta, ya que el tracto sucesivo es un mero requisito de los asientos, de carácter puro y exclusivamente formal. Es un requisito formal previo a la práctica de los asientos, que tiene su fundamento sustantivo en la legitimación registral: es la manifestación formal del principio de legitimación»; Díez-PICAZO: *op. cit.* p. 331: «El tracto sucesivo, aunque es un presupuesto importante en la mecánica del Registro, tiene solamente carácter formal y afecta exclusivamente al funcionamiento del Registro. [...] El tracto sucesivo es una exigencia de la nueva inscripción o del nuevo asiento». Es también la sistemática seguida por LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 56-57, al tratar el tracto sucesivo entre los principios formales.

(487) La cuestión aparece planteada en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 94, y resuelta en favor de la prioridad de la legitimación: «Como he puesto de relieve en otros lugares, las facultades dispositivas que el Registro concede al titular inscrito no pueden explicarse ni justificarse a través de este principio del tracto sucesivo, sino a través de la legitimación registral: si en virtud del principio de legitimación no pueden trascender en la esfera hipotecaria más que los actos dispositivos emanados de la persona formalmente legitimada para disponer, esto es, del titular inscrito, es evidente que no podrá inscribirse ningún título sin que la persona de quien derive tenga previamente inscrito su derecho. Es decir, que no debe buscarse en el tracto sucesivo el fundamento del poder dispositivo del titular; por el contrario, es una consecuencia de él, una manifestación formal de dicho poder dispositivo».

Hipotecario (488); estamos tratando de dar expresión a la línea de continuidad entre las bases de nuestro Derecho de Cosas y los principios hipotecarios, rastreada en la exposición que precede, traduciéndola en la afirmación de la perfecta simbiosis —animación por un mismo hálito vital— del conjunto resultante de aquellas bases y su homogéneo desarrollo en los principios informadores de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria, tanto en los sustantivos o atinentes a los efectos de la inscripción como en los adjetivos o referidos a la organización del Registro y a la práctica de la inscripción registral (489). Sin perjuicio de que la naturaleza de su núcleo permita extender el calificativo «civil» al conjunto del Derecho inmobiliario registral, lo que en este momento nos interesa dejar destacado y subrayado es que dicho núcleo pertenece en la forma más genuina al Derecho Civil; esto es: no

(488) La inadecuación entre el título y el contenido de la Ley Hipotecaria ha determinado en la materia el planteamiento de la *quaestio de nomine*. Sin entrar en ella, remitimos a su exposición en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 38-41. Sobre la diversidad de naturaleza de las normas comprendidas en la Ley Hipotecaria y la posibilidad de integrar todas ellas constituyendo una rama jurídica dotada de una cierta autonomía científica, *cf.* OLIVER: *op. cit.*, pp. 878-883; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 21-22; Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 246-247; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 66-78.

(489) Sin apurar del todo en la distinción entre lo sustantivo y lo adjetivo y organizador, cabría el peligro de considerar civiles sólo a las normas relativas al efecto sustantivo de la publicidad. Algo de ello puede verse en COSSÍO: *Proyecto de Bases ...*, *cit.* p. 129: «No debe, sin embargo, pensarse que la integridad de los preceptos que hoy día se contienen en nuestra Ley Hipotecaria deban ser recogidos en el Código Civil: las normas adjetivas o formales del Derecho inmobiliario no constituyen propiamente Derecho Civil, y nos atreveríamos a afirmar que ni siquiera Derecho privado. Son, fundamentalmente, normas procesales, y, por lo tanto, de Derecho público, debiendo ordenarse juntamente con las relativas a la jurisdicción voluntaria, de la cual el procedimiento hipotecario es sólo una modalidad». Sin negar la evidente existencia de normas de naturaleza procesal en el Ley Hipotecaria, debe distinguirse entre ellas y otras normas de carácter organizador y adjetivo, cuya naturaleza civil fue afirmada *in recto* y defendida, contra su consideración como administrativas, con convicción y firmeza por los juristas que tomaron parte en la elaboración de la Ley Hipotecaria, particularmente por DE LA SERNA. Sobre ello y para la opinión del propio OLIVER al respecto, *cf.* OLIVER: *op. cit.* pp. 372-382, esp. pp. 380-381: «De los testimonios anteriormente expuestos se deduce bien claramente que en opinión de cuantos juristas tomaron parte en la preparación, redacción y aprobación de la Ley Hipotecaria, las disposiciones contenidas en la misma, sin distinción alguna, así las que afectan especialmente al derecho de hipoteca, como las que tratan de la inscripción y de la organización del Registro de la propiedad, son de naturaleza esencialmente civil, y tienen su lugar propio dentro del sistema general del Derecho privado. Y por si alguno negase que los preceptos relativos al Registro de la Propiedad pertenecen también al Derecho civil, y afirmase, por el contrario, que son de índole administrativa, aduciré como principal argumento, en este lugar, uno de indiscutible autoridad, y que desde luego será decisivo y concluyente para la mayoría de nuestros juristas. Estructura este argumento en las palabras que D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los principales redactores de la expresada Ley, pronunció durante la discusión habida en el Senado, de cierto Proyecto de Ley relacionado con la Hipotecaria ...».

por simple adscripción en razón de la proximidad de materia, sino por constituir un conjunto normativo inspirado por el Derecho Civil y aplicador de principios civiles.

El sentido de nuestro planteamiento resultará más claro si lo concretamos a la vista de algunas afirmaciones —al menos un modo de hablar— producidas con cierta frecuencia en la doctrina y en la jurisprudencia. Ocurre, en efecto, que aun admitido el carácter genéricamente civil del Derecho Hipotecario, se afirma a veces, o se da por supuesta, la existencia de unos principios hipotecarios distintos a los principios civiles (490). Ejemplo de esa suposición serían expresiones como las que admiten la distinción entre un titular civil y otro hipotecario, o entre una prioridad civil y otra específicamente hipotecaria. ¿Existe la posibilidad de esas dos instancias que, simultánea y separadamente, puedan atribuir la condición de titular a personas distintas, o —tratándose de derechos inscribibles— es el llamado criterio «hipote-

(490) Así, e.c., COSSÍO: *Instituciones ... cit.* p. 15, a propósito de nuestro sistema registral: En España, dice, se adopta el patrón germánico, «aunque evitando el llegar a sus últimas consecuencias, ofreciendo el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales, que da lugar a serias dificultades en la práctica, al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 136: «De todas maneras, las diversas consideraciones apuntadas, que nos llevan a la conclusión de estimar el Derecho inmobiliario registral como Derecho civil, no deben hacernos olvidar la circunstancia de que aquel llega en muchas ocasiones a conclusiones singularmente diferentes a las ordinarias civiles (particularmente en relación a los no intervinientes en el acto obligacional —terceros—, cuando el mismo ingresa en el Registro), por la razón de que al desarrollar profundamente una parte del Derecho civil a través de la institución del Registro, en función de los fines que persigue, y mediante el juego de principios inmobiliarios peculiares, viene a atribuir a los derechos reales, por medio de la publicidad, una eficacia civil que difiere sensiblemente de la atribuida por las normas generales del Derecho civil (adquisición *a non domino*, modificación de la regla *prior tempore potior jure*, convalidación o subsanación de los derechos inscritos en ciertos casos, etc.)». Quien mayor énfasis pone en la afirmación de la diferencia entre los principios civiles y los hipotecarios o registrales es AMORÓS GUARDIOLA, en su intento de fundamentar la autonomía del Derecho Inmobiliario Registral. Cfr. *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid 1967, pp. 66-77, esp.: pp. 67: «[...] la realidad nos muestra que no son iguales las soluciones impuestas por las normas civiles y las hipotecarias; que los conflictos de intereses se regulan de manera distinta según se sitúen en el plano registral o en el meramente civil»; p. 71: «En el desarrollo del Derecho registral en nuestro país se observa la concurrencia de hecho de una serie de circunstancias que confirman la realidad de un Derecho especial independiente. Entre otras podemos recordar las siguientes: [...] c) La vigencia de unos criterios inspiradores de carácter formal, distintos de los que informan la legislación civil»; p. 73: «Lo fundamental está en la diversidad de criterios, en ser distintos los principios generales o las ideas básicas de ambas disciplinas. Las paredes maestras de ambos sistemas no coinciden, porque además pretenden finalidades distintas». Como muestra del reflejo en la jurisprudencia del modo de expresarse indicado en el texto, baste, a través de LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 209-210, la cita de la STS de 10 de febrero de 1983: «La apariencia registral convierte a dichos subadquirientes, no por Derecho civil, sino por el hipotecario finalísticamente ordenado a la seguridad del tráfico, en titulares de los locales en cuya adquisición deben ser mantenidos».

cario» el único decisorio, justamente por determinarlo así la norma civil? Lo mismo podría plantearse acerca de la prioridad: tratándose de derechos inscribibles, el criterio hipotecario que da preferencia al título antes inscrito ¿no desplaza al genérico criterio que atendería a la fecha del título, convirtiéndose él mismo en el único criterio —civil— aplicable en tal caso? En nuestra opinión, la diferencia entre principios civiles y principios hipotecarios podría tener, quizás, algún fundamento en nuestro Ordenamiento si, como también en ocasiones se dice, el Derecho Hipotecario tuviera como materia «la forma de constitución, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas reales que tienen por objeto un bien inmueble, una finca» (491). Sería entonces cuando, existiendo dos instancias normativas reguladoras de una misma realidad mediante la aplicación de criterios diferentes, podría hablarse de esa «duplicidad de ordenamientos inmobiliarios» en que consistiría «el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria» (492). Pero, según entendemos, no son así las cosas en nuestro Derecho.

En efecto, teniendo en cuenta que el Código Civil, al establecer el régimen de la propiedad y de los demás derechos reales, remite a la Ley Hipotecaria haciendo suyo lo establecido en ella en cuanto a la oponibilidad de tales derechos reales a terceros (arts. 605-608, en general, y para supuestos concretos, e.c., arts. 164, 192, 214, 462, 647, 975, 977, 1124, 1333, 1510, 1537, 1549, 1571, 1875, 1880), y que, a su vez, la Ley Hipotecaria, al regular la publicidad inmobiliaria da por supuesto y deja a salvo lo que constituirá el régimen civil que «de suyo» corresponde a los derechos reales y a su efectividad *inter partes*, la conclusión no puede ser otra sino que en nuestro Derecho no existe, materialmente hablando, esa duplicidad de regímenes que con tanta frecuencia ha puesto a cavilar a nuestra doctrina (493), sino que lo que simplemente en él se produce —como en cualquier otro sistema, en mayor o menor medida— es una dualidad de situaciones inmobiliarias posibles, según estén o no estén inscritas, reguladas éstas de consuno por el conjunto armónico del Código Civil y la Ley Hipotecaria (494).

(491) Así, Cossío: *op. cit.* pp. 5-6.

(492) También Cossío: *op. cit.* p. 67.

(493) Clásico ya en la materia, DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Dualidad legislativa...* *cit.*; para el estado actual de la cuestión, *vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 315-335. En el sentido del texto, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 47: «Los codificadores no quisieron, pues, derogar el contenido civil de la Ley de 1861, ni hacerla supletoria del Código, sino que, al promulgarse éste, por virtud de su art. 608, la Ley debía seguir rigiendo juntamente con él, y como si sus reglas formasen parte del mismo [...] Hoy la Lh., en su parte sustantiva [...] sigue siendo [...] un trozo del Código Civil [...]. No hay, así, problema de precedencia entre uno y otra, por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa [...]».

(494) Así, nos parece, aunque literalmente hablando de «dualidad de regímenes», LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «Cuestión distinta es la de la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada, y otro para la que no lo está. En efecto, a ésta se aplica el Cc., y a aquella, además, la LH. Pero esto no implica rango distinto de unos y otros preceptos, y sí simplemente la existencia (o no) de un supuesto de hecho que hace posible la aplicación (o no) de ciertas normas» (sub. de los aa.).

Ambos cuerpos normativos, de los cuales el segundo se destaca y adelanta en el tiempo por las circunstancias sobradamente conocidas de nuestra codificación civil (495), intercomunicados entre sí y suponiéndose el uno al otro, terminan por componer un sistema regulador unitario, en cuyo conjunto lo «hipotecario», o inmobiliario-registral, se integra como la parte en el todo (496). Siendo ello así, la afirmación, también extendida y exacta en gran parte, de que la Ley Hipotecaria es una «ley de terceros» (497), no implica como correlativo necesario que el Código Civil sea el cuerpo llamado a establecer exclusivamente el régimen *inter partes* de los derechos reales (498). Tan civil es la norma

(495) Testimonio explícito de la contingencia histórica, en el Preámbulo del RD. de 8 de agosto de 1855, por el que se mandó redactar una Ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la razón, porque [...] Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las dificultísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de las leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitiera llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil. Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio [...]. Una Ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V.M. tiene nombrada para formular el Código Civil, satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere de modo alguno el de la formación de los Códigos; no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos».

(496) La idea de la unidad ideal entre Código Civil y Ley Hipotecaria, o, más exactamente, entre Código Civil y Derecho de la publicidad inmobiliaria, aparece en la Exposición de Motivos de 1861, pág. 239, al darse en ella razón de la extensión y detallismo de la Ley Hipotecaria: «Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un código civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del código consagrado especialmente a las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un código civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra; en el código civil se encontraría considerable número de las disposiciones a que se da cabida en el proyecto. [...] Pero nada de esto sucede: [...]».

(497) Como se sabe, a esa caracterización de la Ley Hipotecaria formuló algún reparo la Exposición de Motivos de 1944: «El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales, las modificaciones del art. 35, y las demás propuestas, dan a la inscripción tal alcance y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de *o para terceros*».

(498) *Vid.* esa correlación, c.c., en CHICO ORTIZ: *op. cit.* p. 53: «d) *Legislación de terceros*. - Así se la denominó por entonces y esta acepción la recoge LÓPEZ PALOP al decir que en ella se distinguen con toda precisión relaciones entre partes regidas por el Código Civil y efectos en cuanto a terceros, regidos por la legislación hipotecaria».

que impone la eficacia *inter partes* del pacto creador, configurador, transmisivo o extintivo de los derechos reales (presupuesta siempre y respetada en la Ley Hipotecaria: art. 32, principalmente y en forma general; art. 144 para la hipoteca) como la que supedita a la publicidad registral su oponibilidad respecto a terceros que lo desconozcan (arts. 606, 1510 ... CC). La supeditación de la oponibilidad a terceros de las situaciones jurídico-reales de carácter inmobiliario a su cognoscibilidad legal a través de la publicidad registral —*ratio essendi* y contenido propio del Derecho Hipotecario (499)— es tan rigurosamente civil como la supeditación paralela de las situaciones jurídico-reales de carácter mobiliario a su publicidad posesoria (art. 464 CC) (500) o, a veces, registral (art. 23 de la Ley de venta de bienes muebles a plazos, y 4 de la Ordenanza de su Registro). Nada ajeno al Derecho Civil se produce cuando en una misma realidad se distingue normativamente entre su valor *inter partes* y su irrelevancia respecto a terceros. El juego del instituto civil de la forma (art. 1280 CC) —de la que en cierta medida la publicidad registral es un modo de prolongación o desarrollo— constituye aquí la más clara prueba. Siendo todo ello así, tenemos ya justificada la afirmación antes propuesta como objeto de este epílogo: la del carácter civil de los principios hipotecarios, afirmación que, en opinión de NUÑEZ LAGOS, constituiría el primer resultado de las enseñanzas de Don JERONIMO GONZALEZ (501). Corolario de ella es el reconocimiento de que el Derecho Hipotecario es, en su esencia, Derecho Civil; parte del mismo, que, por participar de su misma naturaleza y aplicar sus mismos principios, no es susceptible de ser entitativamente distinguida ni de gozar de autonomía frente a

(499) La supeditación de las mutaciones jurídico-reales a su publicidad, en cuanto a su oponibilidad a terceros, aparece indicada en la definición de la Ley Hipotecaria, que, según su propio autor, OLIVER: *op. cit.* pp. 409-410, «es la primera que de dicha Ley se ha dado». Dice así: «La LEY HIPOTECARIA española es el conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil, comunes a toda la Nación, que fijan y organizan las condiciones generales de que depende, en cuanto a tercero, la adquisición mediata, el ejercicio y la pérdida de la Propiedad territorial y la constitución, transmisión, modificación, gravamen, ejercicio y extinción de los derechos inmobiliarios o sobre inmuebles, y las condiciones especiales de que depende de igual modo la constitución, transmisión, modificación, gravamen, efectucción y extinción del derecho de Hipoteca».

(500) El paralelo entre posesión y Registro desde el punto de vista de su función publicitaria es un lugar común en nuestra doctrina y en la comparada. Por lo que hace a la nuestra, *cfr.*, haciendo de ella la idea central de su estudio, DE ANGEL YAGÜEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1975; para un muy autorizado exponente del planteamiento común en la materia, Díez-PICAZO: *Fundamentos ... II, cit. pp.*, esp., 246-247.

(501) NUÑEZ LAGOS: *DON JERÓNIMO, cit.*, p. 9: «Este fue un primer resultado de las enseñanzas de D. JERÓNIMO: los principios hipotecarios son principios de Derecho civil».

él (502). Desde luego esta era la idea que al respecto tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria (503), la que quedó reflejada en su Exposición de Motivos al calificar la legislación hipotecaria como «tan interesante parte de la legislación Civil» (504), y la que mantuvieron

(502) La afirmación de la naturaleza entitativamente civil del Derecho Hipotecario no está reñida con la consideración de éste como rama científica o didácticamente separable. OLIVER, al mismo tiempo que afirma la naturaleza civil de la Ley Hipotecaria —*op. cit.*, p. 872—, no duda proponer la erección del *Derecho inmobiliario* en particular rama del Derecho: *op. cit.*, pp. 878-883. Lo mismo puede decirse de MORELL, para quien —*op. cit.* p. 78— el Derecho inmobiliario registral es una rama «dentro del Derecho inmobiliario, y, por tanto, del Derecho Civil». Al respecto, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 21-22: «Respecto de las relaciones que el Derecho inmobiliario registral guarda con el *Derecho civil* ha de considerarse que aquel es un desenvolvimiento de un grupo de preceptos básicos de éste. [...] Por ello estimamos que los esfuerzos de varios hipotecaristas, entre ellos OLIVER y MORELL, dirigidos a atribuir plena sustantividad al Derecho inmobiliario registral, absolutamente separada del Derecho Civil, no pueden prevalecer por ser insuficientes las razones que para ello aducen»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, p. 23: «Por el contrario, los civilistas españoles estiman, sin discusión, que el Derecho inmobiliario forma parte del contenido del civil, incluyendo sus normas dentro del Derecho de cosas, sin hacer diversificación alguna tampoco del contenido de éste; y aun es frecuente y normal que ni siquiera se llegue a plantear este problema. Esta es, sin duda alguna, la posición más acertada. El Derecho inmobiliario no es una rama independiente del Derecho, ni siquiera puede estimarse como una de las partes en que se divide el Derecho civil; y, por lo que al Derecho español se refiere, tampoco goza de autonomía suficiente para provocar esta división dentro del Derecho de cosas»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho reales, cit.*, p. 537: «Puede defenderse, en cambio, la conveniencia del estudio autónomo del «Derecho Registral» como Derecho relativo a la función registral. [...] Una parte fundamental del Derecho Registral sería el Derecho del Registro de la Propiedad inmueble que, respecto del Derecho civil, está, según nuestro Derecho Positivo, en la relación de la parte con el todo. El Derecho del Registro de la Propiedad inmueble es la parte del Derecho civil constituida por las normas de la función registral relativas a este Registro». CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 134: «En fin, para un tercer grupo de autores, el más numeroso por cierto, el Derecho inmobiliario registral no constituye sino una mera parte o aspecto del Derecho Civil. [...] Nos adherimos sin reservas a esta tercera posición que niega al Derecho inmobiliario el carácter de rama jurídica independiente dotada de propia sustantividad, ...»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 75: «Como resumen de mi opinión en este punto, [...], cabe señalar las siguientes conclusiones: 1.º *El Derecho Hipotecario es parte del Derecho Civil*, y dentro de éste, se halla íntimamente relacionado con el Tratado de Derechos Reales [...] 2.º Por lo mismo que se acaba de indicar, *el Derecho Hipotecario no tiene autonomía fuera del Derecho Civil [...]*» (subs. del a.).

(503) Cfr. OLIVER: *op. cit.* pp. 372-373: «Todos cuantos juristas tomaron parte en la preparación y redacción de esta Ley, desde el Ministro de Gracia y Justicia que en 1855 concibió el pensamiento de redactarla, hasta el que tuvo la fortuna de someter el Proyecto de la Comisión de Códigos a la deliberación de las Cortes; desde los más antiguos y más autorizados vocales de esta Comisión, hasta los Senadores y Diputados que tomaron parte en las últimas discusiones parlamentarias, todos han opinado que la Ley Hipotecaria, *toda la Ley*, tanto la parte que se relaciona directamente con el derecho de hipoteca, como la que trata de la inscripción y de la organización del Registro de la propiedad, forman parte integrante del Derecho civil» (sub. del a.).

(504) E. M., p. 224.

sus primeros comentaristas: DE LA SERNA, hablando de la publicidad registral como «materia que tan profundamente encarna en el Derecho Civil» (505), y OLIVER, definiendo a la Ley Hipotecaria como «conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil» (506), y advirtiendo que calificarla como *Ley especial* (507), no significa atribuirle la condición de *excepcional* (508), sino destacar que su contenido es *parcial*: que es «una ley dictada para poner en ejecución *una parte* del Código civil» (509).

A nuestro modo de ver, sólo una objeción podría oponerse al anterior planteamiento: la que resultaría de la autonomización del Derecho Registral respecto de los particulares sectores del Ordenamiento donde encuentra particular plasmación y juego efectivo. En nuestra doctrina ha sido AMORÓS quien más ha avanzado en la propuesta y abocetamiento de un Derecho Inmobiliario Registral autónomo, en tanto que integrado por normas de naturaleza distinta (civiles, administrativas, procesales y mercantiles) (510), deparador de soluciones distintas a las civiles (511), y perseguidor de fines distintos a los que procura el Derecho Civil (512).

(505) SERNA: *op. cit.*, p. 165.

(506) OLIVER: *op. cit.*, p. 409.

(507) OLIVER: *op. cit.* p. 372: «Es, finalmente, *especial* o con más exactitud, *parcial*» (subs. del a.).

(508) *Id.*, p. 394.

(509) *Id.*, pp. 406-408. La frase entrecomillada en el texto, en p. 406.

(510) AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral ...*, cit. pp. 66-67: «En el Derecho Hipotecario, al lado de las normas civiles o de eficacia sustantiva, viven otras de estricto carácter administrativo (régimen administrativo de la oficina, determinación de los llamados derechos reales administrativos susceptibles de inscripción, concentración parcelaria, Ley del Suelo, etc.), procesal (baste recordar los diversos procedimientos especiales regulados en la L.H.: artículos 41, 131, expediente de dominio, expediente de liberación de cargas y gravámenes, etc.) y mercantil (aportación de bienes inmuebles a la sociedad, hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador ...). Para salvar esta heterogeneidad de normas de diversa naturaleza, los autores aplican a nuestro sistema registral la distinción alemana entre Derecho hipotecario material y formal [...] Pero esta clasificación, como tal, no es suficiente. Porque impondría agrupar en el primer sector —derecho material— realidades normativas básicas pero de origen diferente: Derecho civil, mercantil, administrativo, etc. Y porque, aunque así fuera, quedaría en pie la cuestión de ese heterogéneo contenido y la dificultad de un tratamiento civil unitario de las normas registrales».

(511) *Id.*, p. 67: «Pero es que, además, [...] la realidad nos muestra que no son iguales las soluciones impuestas por las normas civiles y las hipotecarias; que los conflictos de intereses se regulan de manera distinta según se sitúen en el plano registral o en el meramente civil».

(512) *Id.*, pp. 69-70: «Después de estas reflexiones nos parece acertado subrayar que la perspectiva del Derecho registral es diferente, aunque próxima y conexas, a la del clásico Derecho civil. Que el fin de ambos derechos no siempre coincide, por buscar una la protección de la seguridad jurídica y del tráfico mediante la creación de apariencias legitimadoras, y el otro más bien la justicia del caso concreto y la protección de la persona en cuanto tal. Y que las soluciones a que se llega a través de ambos sistemas de normas son muchas veces distintas. Lo cual produce una complejidad de situaciones y el problema práctico de su posible colisión. De cualquier manera, la interposición de la publicidad registral produce unos efectos jurídicos distintos y aun contradictorios de los que se desarrollan en el campo de las relaciones meramente civiles».

Nosotros entenderíamos mejor el intento de construir un Derecho «autónomo», *ut ita dicunt*, de la publicidad registral, en general, o, quizá más exactamente, una teoría o Parte General en la que, edificados sobre su fundamento unitario, se reunieran los elementos comunes en toda forma de publicidad registral de efectos «jurídicos», no simplemente administrativos. Nos parece, en cambio, que el concreto Derecho de la publicidad inmobiliaria, por razón de su materia, de los fines que persigue y de los principios que aplica, es Derecho rigurosamente Civil, sin que a ello sea óbice que en la Ley Hipotecaria se contengan normas de naturaleza diferente; como no es contrario al carácter civil de la propiedad privada, del contrato o del testamento, por poner los ejemplos más claros, que en torno a cada uno de ellos se produzcan interferencias o derivaciones administrativas, procesales o fiscales. De nuevo aquí es oportuno el recuerdo de la Exposición de Motivos de 1861: el carácter civil del Registro de la Propiedad aparece en ella, tanto a través de su afirmación positiva (513), como negativamente, cuando se excluye su naturaleza administrativa (514) o se razona su inadecuación para dar acogida en el tráfico de la hipoteca a figuras nacidas en el Derecho Mercantil y connaturales con los peculiares principios de éste, pero no con los del Derecho Civil (515). Nosotros lo expresaríamos

(513) E. M., p. 241: «¿Y podría ser la Ley tachada con justicia de reglamentaria? [...] La Comisión no duda responder negativamente. [...] Convencida profundamente de que todas las declaraciones que pueden atribuir, negar, aumentar o disminuir derechos civiles corresponden al legislador, ha huido de dejar al Gobierno atribuciones que en muchos puntos vendrían a hacerle árbitro de cuestiones graves en el terreno del Derecho civil ...».

(514) E. M., p. 238: «Esta manera que tiene la Comisión de considerar la Ley Hipotecaria, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del Proyecto que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

(515) E. M., pp. 286-287: «Más dificultad que las materias hasta aquí examinadas, en lo que a las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestión de cómo deben enajenarse o cederse los créditos hipotecarios. No podía la Comisión, al entrar en este punto, desentenderse de una opinión moderna, sostenida con energía y convicción en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado a ser ley en alguna nación extranjera: la de la transmisión de los créditos hipotecarios por endoso. Sus partidarios, fundándose en la grande facilidad que presenta este modo de transmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios, y en que el endoso hace que la obligación sea un valor en circulación que participa a la vez de las ventajas del crédito territorial y de las del crédito personal, creen que es una mejora palpable que da grande ensanche a la propiedad, que introduce en ella la vida y animación mercantil, y que destruyendo trabas y ahorrando gastos inútiles, proporciona al acreedor hipotecario medios expeditos para obtener su reembolso. [...] No participa de estas ideas la Comisión; cree por el contrario que está erizada de dificultades la asimilación de un contrato

a través de una idea: el Derecho de la publicidad inmobiliaria es Derecho Civil porque en materia civil, y en función de intereses civiles, aplica el principio civil de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia. Civil es la materia: las situaciones jurídicas inmobiliarias en su proyección hacia el tráfico; civil, el interés a proteger: el de la seguridad de adquirentes e imponentes; y civil, finalmente, el principio nuclear de la protección de la apariencia (516). En razón de este principio, al tercero no puede oponerse lo que, sin tacha de negligencia, le es desconocido; al tiempo que, positivamente, dicho tercero puede contar con la efectividad de lo que en forma objetiva se le presenta como realidad. Son, justamente, las dos caras del efecto de la publicidad registral inmobiliaria cuando ésta, por no corresponderse a la realidad de las cosas, tiene que hacer valer su propia virtud en defecto de la que en sí no tiene la titularidad publicada.

hipotecario al contrato de cambio. Nada hace el legislador con dar a una obligación civil el carácter y los efectos de una obligación mercantil, cuando la naturaleza de ellas es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone a la voluntad del legislador, que sólo producirá complicaciones sin conseguir su objeto. La ley civil, como la mercantil, tiene sus condiciones indeclinables de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros; y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas no son caprichosas, sino que se fundan en razones incontestables, el legislador no alcanza a borrarlas: por esto tienen hasta cierto punto una vida independiente. Si se quiere confundirlas, si se quiere llevar a las transacciones civiles principios y formas de las comerciales, se desnaturaliza el Derecho, porque se hace general lo que sólo como excepción tiene su razón de existir. Los créditos hipotecarios, como representación del territorial, no admiten por su misma naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés a la orden [...]».

(516) Tenemos que remitirnos de nuevo en este punto a nuestro trabajo sobre *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla 1978, y a su complemento posterior: *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia*, ADC 1982, pp. 1111-1160.

Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español) (1*)

ANA CAÑIZARES LASO
Profesora Titular de Derecho Civil

REGULACIÓN SISTEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN EL DERECHO ALEMÁN

Se produce la gestión de negocios ajenos, llamada en el derecho alemán —*Geschäftsführung ohne Auftrag*— (a partir de ahora *gestión* [2]), cuya traducción literal sería —gestión de negocios sin mandato—, cuando alguien cuida un negocio para otro, sin que exista un contrato o cualquier otra razón jurídica justificada.

El cuidado de un negocio ajeno en su posible regulación legal, se ha movido en todos los ordenamientos jurídicos entre dos grandes direcciones: de un lado hacia la protección de la posible ayuda benéfica

(1*) Este trabajo fue realizado en la Universidad *Johann Wolfgang Goethe* de Frankfurt, con la ayuda que presta el Ministerio de Educación y Ciencia a través de las becas para formación del personal investigador del cuerpo de titulares en el extranjero. Agradezco al Profesor HANS-LEO WEYERS su ayuda sin la cual no habría podido realizar este trabajo. Asimismo a Markus Bauer, Dr. Detlef Koch y Frank-Michael Hess su paciente asistencia, tanto en el idioma, como en la utilización de los magníficos depósitos bibliográficos de su Universidad.

(2) Entiéndase el término *gestión* a lo largo del presente trabajo como gestión de negocios ajenos sin mandato. Normalmente los autores alemanes para simplificar «*Geschäftsführung ohne Auftrag*» utilizan el término «*GoA*».

que un sujeto determinado pueda, en un momento oportuno, prestar a otro y de otro lado la resistencia a admitir que se pueda invadir el círculo jurídico ajeno sin razones fuertemente justificadas (3). Frente al Derecho angloamericano que es esencialmente moderado o mejor dicho esencialmente cauto en la concesión de una pretensión jurídica a la ayuda altruista, el Derecho alemán, sin embargo, se caracteriza por la fuerte protección jurídica del gestor en la justificada y beneficiosa gestión, (como veremos indemnización de daños y transmisión del riesgo).

En el §677 BGB se recogen los presupuestos, o al menos parte de ellos, del nacimiento de lo que parece ser una obligación legal. En la dicotomía, si la obligación no surge del contrato es evidente que surge directamente de la ley, si en ella se prevé. En los § 677 y ss. BGB se regula la posible ejecución en el cuidado del negocio, los principios aplicables y las pretensiones que nacen para ambas partes en la relación.

Es común en la doctrina alemana la clasificación de la gestión fundamentalmente en tres tipos básicos, con terminología a veces distinta, si bien se hará después alguna matización, pues entre ellos existe algún subtipo más. En primer lugar se diferencia entre —*Berechtigte und unberechtigte GoA*— que nosotros denominaremos —Gestión justificada e injustificada— y la llamada —*unechte GoA*— para nosotros —falsa gestión—. En este momento haremos de forma muy general un recorrido por la sistemática de los preceptos que regulan la gestión en el BGB para una idea inicial de conjunto, pues realmente la única manera posible de llegar a entender esta institución es analizar los grupos de casos que se producen y de hecho se resuelven por los tribunales alemanes. Siendo además el principal problema lo que los alemanes llaman «*Fremdgeschäftsführungswille*», es decir, la voluntad de gestionar un negocio ajeno. El negocio objetivamente ajeno y la voluntad de gestionarlo como ajeno son los principales factores en el análisis del supuesto de hecho de la gestión y lo que ha conducido a bastantes complicaciones como veremos más adelante.

— Gestión justificada: La ley diferencia entre gestión justificada e injustificada, pero no lo hace en el §677 BGB (4). Esta diferencia se pone de manifiesto cuando se comparan los §§ 683 y 684 (5). Estare-

(3) Vid. SJSTOLJAR, *Negotiorum gestio*, International Enciclop. of Comparative Law, vol. 10, cap. 17.; DAWSON, *Negotiorum gestio: The Altruistic Intermeddler*, Harvard Law Review, vol. 74, n.º 5, marzo 1961, pp. 817 y ss.

(4) §677.— Quien cuida un negocio para otro sin mandato o sin estar autorizado frente a él de cualquier otra forma, debe gestionar el negocio de acuerdo con interés y la voluntad real o presunta del *dominus*.

(5) §683.— Si la aceptación de la gestión responde al interés y a la real o presunta voluntad del *dominus*, el gestor puede pedir, como un mandatario, la indemnización de sus gastos. En los casos del §679 corresponde esta pretensión al gestor, aunque la aceptación de la gestión esté en oposición a la voluntad del *dominus*.

§684.— Si no se dan los presupuestos del §683, el *dominus* está obligado a entregar al gestor todo lo que obtenga por la gestión, según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injustificado. Si el *dominus* ratifica la gestión, corresponde al gestor la pretensión del §683.

mos ante el supuesto de hecho de gestión justificada cuando se produce la aceptación del cuidado del negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus*, siendo dudosa la relación que existe entre interés y voluntad y al mismo tiempo la que existe entre la real y la probable voluntad. Sin que por el momento se puedan hacer mayores aclaraciones y partiendo de la base de que se haya producido el supuesto de hecho señalado, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que se producen? Surgen pretensiones para ambas partes en la relación: a favor del *dominus* y a favor del gestor.

El *dominus* puede reclamar del gestor la entrega de lo obtenido (&681 S.2, 667) (6). Además puede reclamar la indemnización de los daños si el gestor en la consecución del negocio, de alguna manera, ha contrariado la real o probable voluntad del *dominus* (&677, 680 [7]). La real y probable voluntad así como el interés tienen una doble consideración pues es lo que determina que nos hallemos ante el caso de gestión justificada (&683) (8). Y determina, además, en la realización de la gestión justificada, los deberes del gestor, que deberá indemnizar los daños y perjuicios en el caso de que se produzca alguna lesión. La relación entre voluntad e interés debe darse tanto en la realización como en la aceptación de la gestión (9).

El gestor tiene frente al *dominus* una pretensión de indemnización de los gastos que hayan sido necesarios en virtud de los § &683,670 BGB (para la gestión en caso de necesidad rige el &680 BGB). Esta indemnización de los gastos plantea dos cuestiones distintas. La doctrina duda aquí, si gastos son sólo los intencionadamente producidos en el patrimonio sacrificado y en sentido contrario se entenderían los daños como perjuicios involuntariamente producidos, por consiguiente los daños no se asimilarían a los gastos. Sin embargo se puede aceptar que

(6) &681.— El gestor debe notificar al *dominus*, en cuanto sea posible, la asunción de la gestión y esperar la decisión de éste si con ello no va unido un riesgo. Por lo demás, se aplican oportunamente a las obligaciones del gestor de negocios las disposiciones existentes para el mandatario en los & 666 a 668.

(7) &680.— Si la gestión de negocios se propone la evitación de un riesgo inminente que amenaza al *dominus*, el gestor sólo responderá por dolo y culpa grave.

(8) En el caso de negocio neutral, como veremos en páginas siguientes, la aceptación de la gestión, de acuerdo con la probable o real voluntad y en interés del *dominus* hace que estemos en presencia de justificada gestión o bien no demostrada dicha voluntad reenvía a la injustificada gestión, y por tanto bien al derecho de daños, bien al derecho de enriquecimiento.

(9) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *Bürgerliches ob. cit.*, pp. 236; ESSER-WEYERS *ob. cit.*, &46 II 4b. MEDICUS, señala especialmente que en la realización de la gestión al contrario que en la aceptación va por delante el interés de la voluntad del *dominus*. Sin embargo la diferencia no se pone de manifiesto en la formulación entre los &677 y 683, mucho más se demuestra sin embargo en el &681 en que es decisiva también para la realización la voluntad del *dominus*, *vid.* también PALANDT-THOMAS &677.

de la misma manera que el gestor puede reclamar los gastos en virtud de los § &683 y 670 BGB, también puede fundamentar la reclamación de estos daños como «gastos» (10). Según la opinión dominante éste es el riesgo típico que la actividad asumida lleva consigo, considerándose esta delimitación menor que la válida general adecuación en el Derecho de daños. Frente a ello señala MEDICUS (11) que es dudosa la argumentación para la inclusión de los daños dentro de la indemnización de gastos en ambas posturas. La opinión dominante argumenta que el gestor por la natural gestión acepta los daños involuntarios. Pero frente a esto puede decirse que también el gestor espera salir libre de daños, también él necesita no conocer la peligrosidad. Frente a este problema, hoy el deber del *dominus* de indemnizar los daños se entiende, por algunos autores, como una independiente responsabilidad por riesgo (12).

También se duda si la indemnización de los gastos abarca una especial remuneración del gestor por la capacidad de trabajo empleada en la gestión. La opinión mayoritaria entiende que en comparación con el & 1835 II BGB sólo podría responderse afirmativamente en el caso de que sea el oficio o profesión del gestor (13).

— Gestión injustificada: También en el supuesto de gestión injustificada, alguien gestiona un negocio para otro, como tal negocio ajeno y con la voluntad de gestionar para el *dominus*. La diferencia que existe respecto de la gestión justificada es que la aceptación del negocio no se corresponde con la real o probable voluntad o el interés del *dominus* (&683 BGB). Sin entrar en el supuesto del &679 BGB, el caso de gestión injustificada supone que el *dominus* puede ratificar la gestión del negocio de tal manera que con esta aceptación se atraen las consecuencias de la gestión justificada. Puede el *dominus* ratificar la gestión injustificada, de acuerdo con el &684 II BGB. Dicho precepto reenvía al &683 BGB, entendiéndose por tanto el reenvío también al & 670 BGB. Se sobreentiende que se permite al *dominus* por lo menos lo mismo que en la gestión justificada, por tanto las mismas pretensiones que anteriormente hemos señalado.

(10) Téngase en cuenta que en nuestro Derecho de acuerdo con el art. 1.883 CC se indemnizarán los perjuicios causados. De acuerdo con el citado artículo, no habiendo ratificación expresa, si el dueño aprovecha las ventajas de la gestión será responsable de las obligaciones contraídas en su interés e indemnizará al gestor de un lado los gastos necesarios y útiles y de otro los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. Y de acuerdo con el par. II del citado precepto el gestor tendrá la misma obligación cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto aunque de ella no resultase provecho alguno.

(11) *Bürgerliches Recht. cit.*, p. 237.

(12) *Vid. MEDICUS: Bürgerliches cit.*, p. 237; LARENZ; Schuld, II, p. 448 ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 409; GENIUS AcP 173, p. 481 y ss. HONSELL, *Die Risikohaftung des Geschäftsherrn. Festgabe von Lübtow*, 1980 p. 485.

(13) En este sentido *vid. BGHZ 65, 384/390*, sin embargo WEYERS, *ob. cit.*, p. 408, señala que una analógica aplicación del &1835 en contra de la opinión de la Jurisprudencia sería inoportuna. *Vid. la crítica de MEDICUS, Bürgerliches cit.*, p. 238.

Sin la aprobación de la gestión el *dominus* puede reclamar del gestor con base en el derecho de gestión sólo la indemnización de los daños (&678 BGB [14]), además de la posible acción recogida en los && 812 ss. y 823 BGB. Esta pretensión es particularmente rígida, dice MEDICUS (15), pues la falta de la ratificación por parte del *dominus* hace totalmente responsable al gestor, demostrándose aquí claramente una particular protección del *dominus* frente a una no deseada intromisión (16).

Por la ratificación de la gestión se coloca también al gestor en la misma posición que en la gestión justificada (& 684.2 BGB). Sin la ratificación por parte del *dominus*, el gestor no tiene ninguna pretensión de indemnización de los daños. Únicamente el &684.1 BGB reenvía hacia una pretensión de enriquecimiento, en particular la llamada «*Aufwendungskondition*» (17).

— Falsa gestión: La ausencia de la voluntad de gestionar un negocio ajeno excluye la gestión. En contra del negocio objetivamente ajeno se hallan los dos supuestos de hecho recogidos en el &687 BGB. En su par. I se regula el erróneo cuidado de un negocio ajeno como propio. No tienen entonces aplicación las disposiciones que regulan la gestión de negocios sin mandato. Unánimemente se entiende que podrá existir en este caso la pretensión del &812 BGB y para el error culpable la regulación del Derecho de daños.

El & 687 II BGB regula la posible usurpación del negocio. De acuerdo con este precepto si alguien trata un negocio ajeno como suyo propio, aunque sepa que no está facultado para ello, el *dominus* puede hacer valer las pretensiones que se derivan de los párrafos 677, 678, 681 y 682. Si el *dominus* hace valer esta pretensión el &687 II reenvía al &684.1, es decir, el *dominus* está obligado a entregar al gestor todo lo que obtenga por la gestión según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto. Por tanto doble reenvío: primero del &687 II al & 684.1 y de ahí a la normativa del enriquecimiento injusto. Concurren aquí frecuentemente, como veremos al analizar los

(14) &678.— Si la aceptación de la gestión de negocios está en oposición con la real o presunta voluntad del *dominus* y el gestor debía saberlo, dicho gestor está obligado a indemnizar al *dominus* por el daño causado con la gestión, aunque no le sea imputable ninguna otra culpa.

(15) *Bürgerliches cit.*, p. 239.

(16) *Vid.* en este sentido BGH NJW 1972, 475 FF.

(17) *Vid.* Díez-PICAZO, DE LA CÁMARA, Dos estudios sobre el enriquecimiento injustificado, Madrid, 1988, p. 128. Díez-PICAZO denomina este tipo de *condictio* «*condictio* por inversión o por desembolso». Citando a KOPPENSTEINER señala este autor que este tipo de *condictio* se produce en todos los casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajo o de servicios.

grupos de casos producidos, pretensiones distintas, bien el derecho de daños, bien la llamada «*Eingriffskondiktion*», para nosotros «*condictio*» por intromisión (18). Este §687 II beneficia al *dominus* en un doble sentido. Por una parte y de acuerdo con el §678, el *dominus* puede reclamar del gestor la indemnización de todos los daños producidos incluidos los producidos por caso fortuito. Por otra parte el *dominus* puede reclamar del gestor todo lo obtenido y además lo dejado de obtener. Esto supone una agravación frente a la posible indemnización de los daños de acuerdo con la regulación del derecho de daños que sólo comprende lo dejado de obtener en algunos casos. Y además también supone una agravación frente al deber de restitución de lo obtenido de acuerdo con la regulación del enriquecimiento injusto puesto que en el §816 I.1 el deber de restitución sólo alcanza al valor de lo obtenido (19).

Si el *dominus* ejercita la pretensión de acuerdo con el §687 II.1, se obliga de acuerdo con el §687 II.2 en su reenvío al §684.1. Señala MEDICUS (20) que esta remisión es desafortunada y parece conducir hacia un carrusel jurídico. Realmente este reenvío no se entiende. En virtud del §684.1 el *dominus* debe entregar al gestor lo obtenido a través de la gestión y al mismo tiempo pero en sentido contrario el *dominus* en virtud de los §§687 II.1, 681.2 y 667 puede reclamar al gestor lo obtenido por la gestión. Señala el autor citado que el §687 II.2 sólo puede entenderse de la siguiente manera: Si el *dominus* reclama del gestor lo obtenido por la gestión, debe por el contrario restituir al gestor los gastos conforme a las reglas del enriquecimiento. De esta manera el gestor tiene lo que podría llamarse una «contrapretensión» una «*condictio*» para reclamar los gastos «*Aufwendungskondiktion*».

Con esta visión muy general de las reglas de la gestión de negocios sin mandato parecería, a primera vista, que el genuino supuesto de gestión raramente se presentará en la práctica. Cuando se estudia la gestión de negocios ajenos en el derecho alemán desde la óptica de nuestro Derecho uno se sorprende de la multitud de sentencias que existen en los tribunales alemanes fundamentadas en las reglas de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Como hemos visto, el genuino supuesto de gestión supondría en principio la gestión de un «negocio ajeno» asumido de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus negotii*. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica insertos en los §§ 677, 681, 666 y 683. Si el gestor conduce el negocio en relación con el interés y en consideración a la real o probable voluntad del *dominus* está obligado a la comunicación de su actuación, a la ren-

(18) *Condictio* que puede surgir cuando existe un enriquecimiento producido como consecuencia de una invasión indebida, aunque no sea culposa, de bienes ajenos.

(19) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *ob. cit.*, p. 230; ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 412-413; HAUSS, *ob. cit.*, p. 2011 y ss.

(20) *Bürgerliches cit.* p. 231, *vid.* también ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 412.

dición de cuentas y a la entrega de lo obtenido (&677, 681, 666 BGB). Siendo así el *dominus* de acuerdo con el &683 BGB debe indemnizar los gastos. Parece ser que lo que determina la intervención de las reglas de la gestión es la conducción de un negocio ajeno de acuerdo con ese interés y real o probable voluntad del *dominus*. Como analizaremos inmediatamente el supuesto de hecho de gestión no es claro sino todo lo contrario. Y precisamente parece ser que la existencia de esa voluntad de conducir un negocio para otro y en las condiciones señaladas es lo que excluye la aplicación de las reglas del enriquecimiento y conduce a la aplicación de las reglas de la gestión. Por consiguiente la gestión de un negocio para otro, en las condiciones vistas, actúa como causa en la relación entre los sujetos que intervengan en el caso concreto. Actuando como causa excluye las normas sobre el enriquecimiento. Tengamos en cuenta, como veremos a lo largo de este trabajo, que en un mismo supuesto en la práctica pueden concurrir distintas pretensiones, y la reclamación podrá fundamentarse en distintas reglas. Ante un mismo caso, como veremos, pueden concurrir las siguientes normas: responsabilidad por daños, enriquecimiento injustificado, gestión de negocios ajenos sin mandato. Realmente veremos como las reglas de la gestión se utilizan en Alemania, desde hace muchos años para fundamentar las demandas en las reclamaciones de indemnización de los gastos (daños). Debe tenerse en cuenta la diferencia, hablando en términos de resultado, que puede existir en un mismo supuesto en la aplicación de las reglas del enriquecimiento o la aplicación de las reglas de la gestión, es decir, hasta donde alcanza la restitución. La aplicación de las reglas del enriquecimiento conduce a la restitución precisamente del enriquecimiento y no más. La gestión va más allá, supone la indemnización de los gastos. En aquellos casos en los que lo que se pretende es precisamente la indemnización se acude a las reglas de la gestión. Esta y no otra es la razón de la existencia de múltiples sentencias basadas en la aplicación de los && 677 y ss. BGB. Por consiguiente, el problema ante el que nos encontramos se centra ante los diferentes mecanismos que en un determinado Ordenamiento existen para la restitución.

En nuestro caso, el análisis de la gestión, es naturalmente esencial conocer los presupuestos que deben producirse para el nacimiento del supuesto de hecho de la gestión y saber de esta manera cuando resultan aplicables sus reglas.

SUPUESTO DE HECHO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

El &677 BGB dispone que «quien cuida un —negocio para otro— sin mandato o sin estar de otra forma justificado frente

a él (21), ha de conducir el negocio como requiera el interés del *dominus* en consideración a su voluntad real o probable». Para que se produzca la aplicación de las reglas de la gestión parece desprenderse del &677 que es suficiente que alguien sin mandato o sin otra razón cuide un negocio ajeno. «Negocio ajeno» sería así un presupuesto objetivo del supuesto de hecho de la gestión y en este sentido no existiría en dicho supuesto de hecho ningún elemento subjetivo. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que el &677 BGB señala simplemente «quien cuida un negocio para otro». Este precepto se viene relacionando con el &687 BGB que cierra la posibilidad de aplicación de las reglas de la gestión cuando alguien cuida un negocio ajeno creyendo que es suyo propio. Comparando ambos preceptos parece que no es suficiente la existencia del negocio objetivamente ajeno para que proceda la aplicación de las reglas de la gestión sino que además debe existir la voluntad del gestor de cuidar un negocio para otro «*Fremdgeschäftsführungswille*». Siendo esto así, en el seno del supuesto de hecho existiría el elemento subjetivo de la voluntad del gestor de cuidar un negocio para otro.

Según la opinión mayoritaria la voluntad de la actuación para otro debe reunir dos presupuestos. De un lado el gestor debe conocer el carácter ajeno del negocio pues si actúa para otro creyendo que el negocio es propio el &687 I excluye la aplicación de las reglas de la gestión. De otro, debe querer conducir el negocio como ajeno, de no ser así se aplica el &687 II. Debemos aclarar que el &677 BGB no exige el conocimiento por parte del gestor de la persona concreta del *dominus* y el &686 BGB regula el error acerca de la persona del *dominus*, señalando que en ese caso el verdadero *dominus* es quien adquiere derechos y se obliga por la gestión.

El problema para la caracterización del supuesto de hecho de gestión se plantea en torno a la voluntad del gestor de conducir un negocio ajeno. El problema deriva de los términos del &677.1 BGB. El tipo básico de la gestión justificada está indiscutiblemente determinado en este & 677.1 BGB. La gestión justificada se produce si alguien «cuida un negocio para otro sin mandato u....». La fórmula «para otro» («*für einen anderen*») señala GURSKY (22) a partir de una lectura ingenua se puede referir sólo a la dirección de la voluntad del que actúa, comunmente llamada «voluntad de gestionar un negocio ajeno». Esta característica de la «voluntad de gestionar un negocio ajeno» es el elemento decisivo del supuesto de hecho en el &677.1 BGB. La voluntad de gestionar un negocio ajeno fundamenta la aplicación de los &677 y ss. BGB y queda al mismo tiempo —a salvo la modificación a través del &686 BGB— en firme la persona del *dominus*. La opinión mayoritaria

(21) *Oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.*

(22) *Ob. cit.*, p. 15.

hace una corrección del §677.1 BGB que atenúa el concepto de «voluntad de gestionar un negocio ajeno». Se lee en el §677.1 BGB en general «quien cuida un negocio ajeno para el *dominus*». A través de esta interpretación rectificadora se introduce la característica suplementaria de la ajeneidad del cuidado del negocio en el supuesto de hecho del §677.1 BGB.

Así, doctrina y jurisprudencia diferencian entre el «negocio objetivamente ajeno», «negocio objetivamente también-ajeno» y «negocio subjetivamente ajeno». Estaremos ante un negocio objetivamente ajeno cuando, sin consideración a la voluntad de los directamente interesados en la cuestión, el negocio puede reconocerse como un asunto del *dominus*. Un negocio puede ser objetivamente neutral, si no se dan los anteriores presupuestos, y en este caso decide la reconocible voluntad del gestor que desea conducir un negocio para otro y en este sentido es un negocio subjetivamente ajeno. Tomando pues en consideración la voluntad del gestor, según la opinión mayoritaria se distingue entre el «negocio objetivamente ajeno» en el que por la propia naturaleza de lo ajeno se independiza de la voluntad del gestor y el «negocio subjetivamente ajeno» en el que se ha obtenido su carácter de neutral y de ajeno a través de la dirección de la voluntad del gestor.

SCHWARK (23) propone dos ejemplos. Típico caso de negocio subjetivamente ajeno sería el siguiente: G que nunca ha coleccionado monedas antiguas, compra para su amigo H, apasionado coleccionista, unas valiosas monedas antiguas en un pequeño negocio de París. G reclama de H el precio de las monedas con base en los § 683, 670 BGB. Supuesto de negocio objetivamente ajeno sería el siguiente: H debe a D 1000 DM. H se encuentra en una situación económica provisionalmente difícil. Cuando D reclama a H el importe de la deuda G un amigo de H, le ayuda y paga a D los 1000 DM (24).

La distinción práctica de ambas alternativas se encuentra en el alcance de la carga de la prueba. Si existe un «negocio objetivamente ajeno» se estará ante una cuestión de derecho que no necesita prueba puesto que tendremos el primer presupuesto del supuesto de hecho. Fuera de esto, en el momento de calificar el negocio como ajeno interviene según la opinión mayoritaria la presunción a favor de la existencia de voluntad para conducir un negocio ajeno (25). Y en este sentido actúan los tribunales alemanes, en el caso de que el negocio sea neu-

(22) *Ob. cit.*, p. 15.

(23) *Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag*, JuS 1984, pp. 321 y ss.

(24) En este supuesto y de momento no se deben hacer comparaciones directas con nuestro ordenamiento *vid.* pp. 759 y ss. del presente trabajo sobre el pago de tercero.

(25) SOERGEL/MÜHL §677 Rz 3; STAUDINGER/NIPPERDEY §677; Munch.-Komm./Seiler §677; Jauernig/Volkommer §677; Helm VersR 1968, p. 209; Hagen NJW 1966, pp. 1893 y ss. (pp. 1896).

tral, presumiendo la existencia de la voluntad de conducir el negocio ajeno. Sin embargo en el caso de que exista un negocio que pueda ser objetivamente neutral, no existe esta presunción y entonces deberá resolverse reconociendo la voluntad del gestor. Señala SCHWARK (26) que en el instituto de la gestión de negocios cualquier negocio puede calificarse como neutral. En todo caso no se fundamenta la presunción de una voluntad en la gestión en el sentido de una prueba *prima facie*. Efectivamente, señala el mismo autor las presunciones se dejan apoyar sólo en los principios cuando ante un alto grado de probabilidad se conoce la existencia de un determinado hecho producido. La Jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión (27) que el gestor en estos casos está obligado a probar su voluntad de gestionar un negocio ajeno, primeramente a través de la exteriorización de la voluntad que deje reconocer en el negocio su carácter ajeno. El gestor deberá probar por esta razón las circunstancias que aseguren al tribunal la actuación para el tercero.

En el primer ejemplo que hemos visto, de negocio subjetivamente ajeno, se da el caso que a G no le interesan en ningún sentido las monedas antiguas y por ello se entiende que ha querido realizar el negocio para su amigo. G podrá pedir la indemnización de sus gastos si ha gestionado el negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad de H.

En el segundo ejemplo, negocio objetivamente ajeno, la extinción de la deuda ajena exteriormente pertenece al círculo de deberes del deudor. Aquí se señala que la experiencia de la vida nos dice que si la actuación en el negocio objetivamente ajeno con muy alta probabilidad es para otro, a ese círculo jurídico pertenece. Por ello se justifica la presunción de la existencia de la voluntad de gestionar un negocio ajeno, que el *dominus* sólo podrá desvirtuar a través de la prueba en contrario. Señala también el citado autor que en estos supuestos es importante que en el Tribunal de instancia fracase la pretensión de gestión si falta la voluntad de gestionar el negocio ajeno. No debe permitirse la extensión de la presunción sino en el caso de que la situación de los intereses en juego sea inequívoca.

Lo visto hasta ahora se correspondería también con el llamado negocio «también-ajeno» («*auch-fremde*»). En este negocio existe la gestión de un interés propio del gestor, es decir, gestión en su círculo de intereses o en el cumplimiento de deberes propios y al mismo tiempo existe la gestión de intereses para un tercero. Por tanto el gestor al mismo tiempo gestiona intereses propios y ajenos.

Según la opinión de un sector bastante amplio de la doctrina para este negocio objetivamente «también-ajeno» debe presumirse que el

(26) *Ob. cit.*, p. 324.

(27) BGH 40, 28.

gestor atiende no solamente sus asuntos sino que también ha querido tratar los intereses del tercero. Por consiguiente se presume la voluntad de gestionar un negocio también ajeno (28). Sin embargo parte de la doctrina pone en duda lo ajeno del negocio (29).

A la vista de lo anterior según un sector mayoritario de la doctrina, si se parte de la base de que es necesaria la existencia de un negocio ajeno y además que el gestor lo gestione como ajeno, la voluntad de gestionar un negocio ajeno sería elemento decisivo en el supuesto de hecho de la gestión. Ello evidentemente supone excesivas dificultades porque sencillamente dejar la decisión de la aplicación de las reglas de la gestión con base en un criterio puramente subjetivo como es la voluntad interior del gestor es cuando menos difícil de averiguar. Sin embargo el centro del problema es precisamente que la característica del supuesto de hecho de gestión sea la voluntad del gestor de actuar para el *dominus* y que el legislador haya optado por un criterio subjetivo. Como dice WEYERS (30) el texto del §677 podría también entenderse en el siguiente sentido: que una gestión de negocios sin mandato sólo depende de ello, si alguien proporciona a otro el resultado de una actividad. Sería así irrelevante de quién son los asuntos que se cuidan. Abstractamente formulado: la característica decisiva del supuesto de hecho de la gestión sería sólo la subjetiva dirección de la voluntad del gestor, no la objetiva naturaleza del negocio. Sin embargo el texto más bien se lee entendiendo «quien cuida un negocio para éste otro». Necesariamente así no sólo es necesario que exista un negocio ajeno sino que además el gestor también lo trate como ajeno. Los materiales legislativos presentan muchas dudas, pero en todo caso es seguro que la voluntad del gestor pertenece al supuesto de hecho de gestión. Continúa diciendo el mismo autor que el concepto del carácter objetivamente ajeno del negocio queda apenas definido y es difícilmente imaginable cómo en el supuesto de un inevitable negocio propio puede existir una voluntad de conducirlo como ajeno. El origen de toda la dificultad, como decíamos, es precisamente la inclusión de la voluntad de conducir el negocio en el supuesto de hecho, pero sin duda el legislador lo ha querido así.

Así las cosas, si alguien cuida un negocio objetivamente ajeno (también-ajeno) sin mandato o sin razón especial que justifique la actuación, solamente podrá frustrarse la aplicación de los §§677-686 BGB cuando falte la voluntad de conducir un negocio ajeno, y para ello no obstante se habla de una efectiva presunción.

(28) BGHZ 40, 28 (31); 63, 167 (169); 65, 354 (357); 70, 389 (396); BayOblG MDR 1986, 920; Soergel/Mühl §677; Jauernig/Vollkommer §677; Palandt/Thomas §677.

(29) SCHUBERT, AcP 178 (1978) p. 439; Erman-Hauss, BGB, §677; Seiler en Munch. Komm.; Medicus, *ob. cit.*, p. 230 y ss. *vid.* grupos de casos p. 747 y ss. del presente trabajo.

(30) *Ob. cit.*, p. 394.

Como veremos en su momento el esquema de las decisiones de los tribunales es el siguiente: primero el Juez «reconoce» el negocio como ajeno y luego en la gran mayoría de los casos se procede a la aplicación de los §677 y ss. BGB de manera que el gestor tiene la pretensión de indemnización de los gastos.

Es fundamental, por tanto, para reconocer el negocio como ajeno, definir el concepto del carácter ajeno del negocio o por lo menos intentar precisarlo al máximo. No obstante se han dado multitud de definiciones de lo que puede ser el negocio objetivamente ajeno. Se ha dicho que es la actuación objetiva del gestor en la esfera jurídica ajena o en la esfera de intereses ajenos (31); que se reflejará en la pertinente competencia del *dominus* en los resultados positivos o negativos de la actividad del gestor (32); como «asuntos de otros» (33); como «pertenencia a un círculo jurídico ajeno» o «círculo de intereses ajenos»; como «negocios que el ordenamiento entiende como de competencia ajena al gestor», o en «su apariencia exterior». En el fondo todo el problema radica en que el importante concepto de «negocio objetivamente ajeno» permanece sin claridad. Si existiese una efectiva precisión del carácter ajeno del negocio quizás se resolverían en gran medida los problemas que presenta la gestión en los supuestos de los «negocios también-ajenos».

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hoy en día y desde hace ya tiempo existe un criterio común en nuestra doctrina y jurisprudencia que tiende al abandono de la categoría de los cuasi-contratos. Se señala en general la falta de consistencia lógica y dogmática de esta figura, que no tiene otra explicación que la de su carácter histórico. GAYO [3, 88] dice *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Al mismo Gayo le parece insuficiente esta bipartición puesto que incluye entre las obligaciones la *indebiti solutio* y sin embargo no afirma que aquí fuente de la obligación sea un contrato. De modo que existían hipótesis que no se encuadraban dentro de la categoría de los contratos y sin embargo hacían surgir una obligación. Dichas hipótesis había que recogerlas y asignarlas un puesto en la clasificación. Para ello había dos caminos: o bien ampliar la categoría de los contratos o bien añadir a las dos categorías orgánicas que ya existían un grupo heterogéneo de todas las hipótesis de la obligación. En

(31) *Vid.* MunchKomm/Seiler §677; Jauernig/Vollkommer §677; Esser, SchuldR. II (1971) §98 IV 1 a; de forma parecida Helm VersR 1968, 209, entre otros.

(32) *Vid.* Wollschlager, *ob. cit.*, p. 319.

(33) *Vid.* Larenz Lehrbuch des Schulrechts, II/1, §57 I a, 13 Aufl.

D. 44, 7, 1 pr., que contiene un fragmento del segundo libro de *Aureorum libri* atribuido a Gayo, se afirma que las obligaciones nacen o de un contrato o de un delito o por derecho propio (*aut proprio quodam iure*) según las varias especies de causas (*ex variis causarum figuris*). Asentado pues el concepto más restringido de *contractus*, más allá del contrato y del delito existían *variae causarum figurae*. Finalmente tiene lugar una ulterior diferenciación según polarización hacia contrato o hacia delito y así en las Instituciones de Justiniano 3, 13, 2 se mencionan como fuentes de las obligaciones bien el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito. De los cuasi contratos mencionados por Justiniano (3, 27), es sabido que sólo quedan dos, la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. Por otra parte lo que Gayo denominó *ex variis causarum figuris*, en la idea de que la obligación puede nacer también de otras figuras de causas, en las Instituciones de Justiniano los bizantinos las convirtieron en obligaciones *quasi* «*ex contractus*» y *quasi* «*ex delicto*». Como dice DÍEZ-PICAZO no se pretendió en ese momento una categoría lógica o dogmática, sino simplemente establecer un paralelismo: hay obligaciones que se parecen a las contractuales y otras que se asimilan a la extracontractuales o delictuales, siendo en el Derecho bizantino posterior cuando se introdujo una importante modificación en la llamada paráfrasis de Teófilo, en virtud de la cual las expresiones del texto original de la Instituta fueron sustituidas por las de «*ex quasi contracto*» y «*ex quasi delicto*», cristalizando unas categorías, que hasta ese momento no tenían más que un puro sentido de aproximación (34). El abandono de la categoría del cuasi contrato fue iniciado por el Código civil alemán seguido posteriormente por otros ordenamientos. Como vimos, dicho cuerpo legal sitúa la gestión de negocios sin mandato como subsección del contrato de mandato, y por otra parte el pago de lo indebido como un capítulo del enriquecimiento injustificado.

Si se plantea el problema desde el punto de vista del nacimiento de las obligaciones, nosotros partimos de la base de que realmente no hay más que dos grandes criterios para dividir la fuentes: o bien la voluntad humana manifestada a través de negocios idóneos de creación de obligaciones o bien determinados supuestos de hecho independientes de la voluntad que la ley recoge y que de ella deriva el nacimiento de una obligación. Aunque es de todos sabido que el dualismo contrato-ley ha sido criticado fundamentalmente porque la división se sitúa en planos distintos, ya que en el fondo la obligación contractual tiene también su fuente normativa de reconocimiento en la ley, también es cierto que la ley puede dar entrada o no a la autonomía de la voluntad. Esencial será saber cuáles son los supuestos de hecho a los que la ley liga el naci-

(34) Vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1992, p. 150.

miento de una obligación. Deberán ser tipificados, pero desde luego lo que es claro es que los supuestos que nos quedan de los históricos cuasi contratos son la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido.

Algunos autores han propugnado (35) la tesis de la posible sustitución de la noción de cuasi contrato por una regulación del enriquecimiento sin causa. Desde luego siguiendo a DÍEZ-PICAZO, como veremos posteriormente, «la posible regulación del enriquecimiento injustificado permitiría adentrar en ella los casos de —*indebiti conductio*—, pero no dejaría sitio para una regulación cabal de la gestión de negocios». Lo que es claro en este tema es que estamos ante dos supuestos de hecho distintos con diferentes consecuencias jurídicas. Se puede sostener que el supuesto de gestión de negocios sin mandato, al igual que se sostiene para el Derecho alemán, tiene la categoría de causa en el sentido de razón que excluye el enriquecimiento injustificado al ser justificación de dicho enriquecimiento. Lo vimos en el estudio del Derecho alemán, en el fondo lo interesante es hacer una distribución de normas en el sentido de que o bien unas puedan excluir las otras, o bien puedan ejercitarse alternativamente, para conducir hacia los distintos supuestos de aplicación. Señala DÍEZ-PICAZO en su estudio del enriquecimiento (36) que «la imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción». Lo sostiene DÍEZ-PICAZO para la pretensión de enriquecimiento «Tanto el razonamiento, como los intentos de configurar la pretensión de enriquecimiento y de señalar sus límites, necesita una dosis de concreción». Lo mismo ocurre en la gestión de negocios ajenos. El tema ha sido estudiado quizá demasiado desde el punto de vista de la abstracción, su categoría como cuasi contrato, la naturaleza jurídica del cuasi contrato etc., etc... Sin embargo es muy curioso que en todo el siglo XX no lleguen a treinta sentencias del Tribunal Supremo los casos en los que se ha hecho referencia a esta figura, si bien no decidiendo en la mayoría de ellos con base en el derecho de gestión. No se debe pretender que esta figura obtenga una extensión como la tiene en el derecho alemán, pero quizá si es cierto que en determinados supuestos pueden ser aplicables las normas de gestión sin mandato, que nuestro Código civil recoge, y probablemente estas normas excluyen otras que sin embargo han sido mucho más utilizadas. Quizá el problema haya sido precisamente ese mantenerse en la abstracción. Como señala el citado autor «No se trata aquí de la concreción a que da lugar el casuismo, sino de un terreno in-

(35) CASTÁN, prólogo a la obra de R. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid 1935, *vid.* también ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979.

(36) *Ob. cit.*, p. 97.

termedio entre casuística y abstracción que pueda calificarse como tipología o de formación de tipos. Sólo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa», evidentemente en nuestro caso la gestión de negocios sin mandato.

En el estudio sobre el enriquecimiento sin causa de DÍEZ-PICAZO, del que debe partir cualquier persona que pretenda adentrarse en este tema, señala su autor que la relación de la doctrina del enriquecimiento injusto y de la doctrina de los cuasicontratos puede buscarse por vías diferentes. Ante todo, se puede querer decir que la idea del enriquecimiento injusto es el fundamento de las obligaciones que los cuasi-contratos hacen nacer, y añade DÍEZ-PICAZO «ésta es una idea que por sí sola no me resulta difícil de admitir». Si se otorga una acción al gestor contra el *dominus negotii* es porque, de otra manera, el *dominus negotii* se enriquece injustamente al no resarcir al gestor. Sin embargo señala el citado autor que es más fácil encontrar el fundamento del llamado cuasi-contrato de pago de lo indebido en el enriquecimiento sin causa, porque si no hubiera obligación de restituir lo que se recibió en pago sin deuda, el enriquecimiento es manifiesto. No obstante existen puntos oscuros. Si la obligación del *dominus negotii* frente al gestor está justificada por el enriquecimiento injusto, ¿por qué no se da acción cuando ha faltado el llamado *animus alieni negotii gerendi*?, ¿por qué no se da la acción en los casos de gestión expresamente prohibida o contraria a la voluntad del *dominus*?

CASTÁN sostuvo que una regulación bien hecha de la figura del enriquecimiento sin causa nos ahorraría la figura de los cuasi-contratos. Los cuasi-contratos quedarían englobados, subsumidos en el enriquecimiento sin causa. Señala DÍEZ-PICAZO que esto puede ser verdad, respecto del pago de lo indebido pero que no lo es tanto en materia de gestión de negocios (37).

Efectivamente esto es así, en principio si se le otorga una acción al gestor contra el *dominus negotii* es porque de alguna manera el *dominus* se enriquece injustamente al no resarcir al gestor. Pero este tipo de argumentación, así expresada en general, no es sólo válida para la gestión sino para cualquier supuesto que en definitiva enfrente a dos sujetos por cuestiones de aumentos o disminuciones en el patrimonio. Siempre puede existir en la gestión de negocios un enriquecimiento o un no empobrecimiento para el *dominus*, ese aumento patrimonial o su no disminución, sin embargo, es en razón de la gestión de otro sin mandato y *contemplatio dominii*. Los presupuestos del enriquecimiento en concreto en el momento de hacer grupos de casos pueden ser distintos

(37) A parte, como dice el citado autor, «no será impertinente señalar que la sustitución del Derecho de Cuasi-contratos del Código Civil por un Derecho de Enriquecimiento de construcción doctrinal es una tan profunda modificación del Derecho legal, que sólo por ley puede hacerse», *ob. cit.*, p. 55.

de los de la gestión de negocios. Por una parte en nuestro Derecho se ha intentado una ampliación de las reglas del enriquecimiento quizá por comodidad y bien visto por aquellos partidarios de un Derecho judicial, en vez de recurrir a las normas que en realidad corresponden a los supuestos planteados. Además no se puede olvidar que estamos hablando de los llamados cuasi-contratos, que como dice el citado autor, constituyen una categoría que tal como llega hasta nosotros presenta unos marcados caracteres de excepcionalidad.

No debe olvidarse, como dijimos anteriormente, que la gestión de negocios ajenos supone la ingerencia en la esfera de otro. El Ordenamiento admite esa ingerencia en determinados casos, pero con cierta dosis de excepcionalidad. Veremos al formular los grupos de casos, que hay que partir de una serie de cuestiones previas. En nuestro Derecho existen grupos de normas a las que se debe acudir necesariamente antes que a otras. Por ejemplo si estamos ante un problema contractual tendremos la regulación de los contratos, si es un problema por ejemplo de régimen económico matrimonial tendremos sus propias normas, etc. etc. etc...

Existen, sin embargo algunas instituciones en nuestro Derecho, no fundamentadas en la autonomía de la voluntad que pueden concurrir en algunas hipótesis y que necesariamente deben delimitarse o relacionarse como son la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa y el derecho de daños.

La gestión de negocios sin mandato y el enriquecimiento sin causa, son dos instituciones a las que la doctrina ha dedicado sus esfuerzos en cuanto a su delimitación. PASQUAU LIANO (38) en su detallado estudio de la gestión identifica la gestión oficiosa frente al enriquecimiento sin causa por la tipicidad y medida restitutoria de la primera. ALVAREZ-CAPEROCHIPI (39), que ha estudiado profundamente el enriquecimiento sin causa, critica a PASQUAU señalando que no se puede afirmar *a priori* la tipicidad y autonomía dogmática de una institución, dice el autor citado «una institución nunca se puede explicar desde sí misma, sino que siempre debe explicarse desde un principio fuera de sí: la autonomía dogmática está bien como modo de resaltar la crisis de la dogmática contractual y cuasicontractual, pero no como mecanismo de explicitación de la funcionalidad de la gestión oficiosa». Señala el mismo autor que «La gestión oficiosa lejos de tener autonomía dogmática se inserta en el marco de una nueva conciencia social del Derecho patrimonial. Se trata de los mismos problemas que plantea la conceptualización, limitación y desarrollo de la teoría del enriquecimiento sin causa; el problema es el de darles unidad en el contexto de la crisis de lo antiguo y el alumbramiento de lo nuevo». Estas afirmaciones producen de entrada la sensación de que los autores

(38) *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1986.

(39) *El enriquecimiento sin causa*, Granada 1989, pp. 30-31.

citados no están hablando de cosas distintas. Es clara la afirmación de que la gestión se inserta en una nueva conciencia del Derecho patrimonial, pero dicha afirmación no es sólo predicable de la gestión, sino que es de la gestión, es del derecho de enriquecimiento y es también del derecho de daños. La realidad es que el tradicional Derecho patrimonial está cambiando. DÍEZ-PICAZO (40), citando a BIRKS, señala «El Derecho de contratos, si acaso con un capítulo adicional para una extrañas obligaciones no contractuales, ha sido suficiente en una época en que el mundo económico se concebía como un tejido de contratos y las relaciones eran estrictamente interindividuales. El principio de la relatividad de la eficacia del contrato (*res inter alios acta*) brillaba en todo su esplendor. En un mundo más complejo, con un sin número de relaciones que influyen inevitablemente las unas en las otras, ese sistema deja de funcionar, porque a veces algo indica que limitar la posibilidad de constituir en sujeto pasivo de una demanda a aquél con quien se contrató, es insuficiente e injusto y hay que permitir una prosecución por la cadena cerrada por las atribuciones patrimoniales». La realidad actual sin ninguna duda es así. Y creo que de ella parten los autores primeramente citados. Otro problema es si existe la posibilidad en nuestro Ordenamiento de realizar una construcción con carácter unitario en este caso y de momento entre el derecho de gestión y el derecho de enriquecimiento. PASQUAU, afirma la autonomía dogmática del derecho de gestión, ALVAREZ-CAPEROCHIPI de alguna manera la niega.

El primero, basándose en su tipicidad y medida restitutoria. Desde luego mecanismos restitutorios son tanto una como otra. En cuanto a su tipicidad, si entendemos por tipicidad lo regulado y expresamente previsto en la ley, la gestión es una regulación tipificada. En cambio no existe tipicidad del enriquecimiento en cuanto tal, en principio sólo podemos hablar de tipicidad del pago de lo indebido. No obstante, siguiendo al prof. DÍEZ-PICAZO (41), en su interpretación del art. 1.895 CC, puede hablarse de una *condictio* de prestación más allá de la *condictio indebiti*, que ampliaría dicha tipicidad. Puede pensarse que su tipicidad no da relevancia por sí sola a la gestión de negocios ajenos. Las consecuencias de la gestión se producirán cuando se presente precisamente el supuesto de hecho de la gestión, al igual que el derecho de enriquecimiento se presentará cuando proceda. El problema es saber si estos grupos de normas se excluyen unas a las otras o si bien, en los casos en que en principio pudieran presentarse ambas, existe una posible alternatividad entre ellas de manera que el actor pueda ejercitar cualquiera de ellas.

Para aquéllos que partan de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, ante supuestos concurrentes entrarían primero las nor-

(40) *Dos estudios cit.*, p. 70.

(41) *Dos estudios, cit.*, p. 114 y ss.

mas de gestión. Para nosotros, esto no es así, siguiendo a ALVAREZ-CAPEROCHIPI (42) la acción de enriquecimiento no es subsidiaria. Lo que ocurre es que estamos hablando de cosas distintas que aparecen en planos diferentes.

Una primera cuestión es si las normas de gestión se aplicarán antes de acudir a la vía del enriquecimiento sin causa en supuestos aparentemente concurrentes. Una segunda, es si ello se debe a que el enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria.

Argumenta ALVAREZ-CAPEROCHIPI que al no haber sido comprendido lo que constituye la naturaleza de la acción de enriquecimiento (su carácter restitutorio de valor frente a las atribuciones patrimoniales impropias [43]), el requisito de la subsidiariedad se hace necesario para evitar la desproporcionada amplitud de la acción. Sigue diciendo este autor que la subsidiariedad para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance. Bajo nuestro punto de vista este es el problema fundamental «la ausencia de causa». Y el mismo autor citando a GORE, señala que es difícil justificar su fundamento ante la observación de COLIN y CAPITANT de que el hecho de que una persona pueda ejercitar varias acciones a su elección, no es extraño ni anormal en el Derecho civil.

Si seguimos los estudios de la doctrina alemana y la construcción realizada del enriquecimiento injustificado, el problema a resolver es que se entiende por «GRUND» en el enriquecimiento injustificado (44). Y para nosotros no tanto cuál sea la ausencia de causa, que en nuestro ordenamiento pueda conducirnos a la acción de enriquecimiento sin causa que es algo mucho más amplio que excedería el objeto de nuestro trabajo, sino si precisamente la gestión de negocios puede actuar como causa en el sentido de exclusión de la vía del enriquecimiento. Configurada la gestión de negocios ajenos como obligación legal excluye la acción de enriquecimiento, aunque en realidad es que la

(42) *Ob. cit.*, p. 108 y ss. Véase en p. 111 las consecuencias que conlleva la no subsidiariedad de la acción y la magnífica argumentación del autor citado.

(43) *Ob. cit.*, p. 108, señala este autor que la subsidiariedad, para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance. Y en nota 62 argumenta: «Si la acción se configura únicamente con requisito de la ausencia de causa, la acción requiere tal amplitud, que se hace necesario el delimitarla de alguna forma. Así por ejemplo, la acción reivindicatoria persigue la restitución de un bien retenido sin causa por otro patrimonio. Sucede, a mi juicio, que debe distinguirse entre retención sin causa y adquisición sin causa; frente a la adquisición sin causa (en nuestro Derecho dado su sistema causal sólo son posibles las impropias), sólo puede actuar una acción recuperadora del valor pues el bien en sí mismo ya se ha perdido; frente a las retenciones sin causa, por el contrario, actúa una acción recuperadora de la cosa misma, y sólo de manera inexacta puede decirse que haya un enriquecimiento».

(44) *Vid. Díez-PICAZO, Dos estudios, cit.*, pp. 64 y ss. sobre la idea de causa.

acción de enriquecimiento no llega a nacer. Como puede observarse nos encontramos en planos distintos. No es una cuestión de subsidiariedad o no de la acción de enriquecimiento sino de aplicación de las normas de la gestión cuando ante determinado supuesto de hecho la ley determina una consecuencia jurídica. Producido el supuesto de gestión, la gestión, como obligación legal, es causa del desplazamiento patrimonial producido de tal manera que no nos encontraremos ante el supuesto de enriquecimiento injustificado precisamente por existir razón en dicho desplazamiento.

No nos apartamos mucho en este planteamiento con lo argumentado por el propio ALVAREZ-CAPEROCHIPI (45) cuando dice «A nuestro parecer, la expresión —sin causa— significa ausencia de un título válido de atribución, es decir, ausencia de un negocio jurídico o de una ley que atribuya a una persona la titularidad de un bien o el disfrute de una ventaja».

Por todo ello, aquí hay dos cuestiones distintas. Partiendo tanto en los supuestos de gestión, como de enriquecimiento de sus características como mecanismos restitutorios, debe plantearse la cuestión de la subsidiariedad o no de este tipo de acciones, en el sentido que decían COLIN y CAPITANT, no hay razón para que una persona no pueda ejercitar varias acciones a su elección, ello no es extraño ni anormal en el Derecho civil». La cuestión no es si pueden ejercitarse conjuntamente enriquecimiento y daños, que parece que sí, o gestión y daños. La cuestión es si la gestión, como obligación legal, supone que la acción de enriquecimiento no nazca, por tanto solamente para este tipo de acciones entre sí, pero no con otras.

Nosotros pretendemos llegar a saber en que supuestos se pueden aplicar las normas de la gestión de negocios existentes en nuestro Derecho. En algunos casos, en los tribunales alemanes se han solucionado problemas con base en el derecho de gestión cuando en realidad correspondían las reglas del enriquecimiento. Nuestros tribunales, como veremos, han practicado lo contrario. Creemos que es completamente necesario, dentro de la dificultad que ello supone, diferenciar ambas nociones (46). Para ello siguiendo a DIEZ-PICAZO, partimos de la formación de tipos realizada por este autor en materia de enriquecimiento injustificado y a ella nos remitimos (47). Pero siguiendo una

(45) *Ob. cit.*, p. 100.

(46) En POTHIER la noción de enriquecimiento injusto se liga con la gestión de negocios. Perdida la razón de ser de las condiciones sólo subsisten las hipótesis de enriquecimiento que había sancionado la llamada acción de *in rem verso utilis*. En esta acción muchos veían un caso de representación indirecta y la aproximaban a la gestión de negocios. POTHIER recoge esa idea y analiza la acción como una acción de gestión de negocios anormal. DIEZ-PICAZO, *Dos estudios... cit.*, p. 90.

(47) *Ob. cit.*, pp. 100 y ss.

idea que apuntamos inicialmente, pueden plantearse a veces supuestos en los que podríamos estar en presencia bien de un supuesto de gestión, bien de enriquecimiento. Lo que nos interesa ahora subrayar no es tanto la distinción, por otra parte ya señalada entre ambos institutos, sino precisamente su colisión con otros supuestos. Por ello no está de más recordar las siguientes ideas. Entendiendo por *condictio* la acción dirigida a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado, en principio se pueden señalar de forma general dos tipos de *condictiones*: —la *condictio* por prestación (que se correspondería con una de las dos posibilidades que encierra el §812 BGB (48) *durch Leistung*=por prestación)— y —la *condictio* por intromisión, que se correspondería con la genérica posibilidad— (*sonstiges Weise*=de otro modo) denominada a veces como de no prestación). Por último y de alguna manera derivada de la anterior, al existir algunos supuestos en los que no resulta clara la adscripción a una u otra categoría, se ha llegado a la construcción de la llamada *Aufwendungskondition*. Esta *condictio* se produce en todos aquellos casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza una prestación de trabajo o de servicios.

La cuestión fundamental en esta materia, como dijimos anteriormente, es el deslinde o bien la alternatividad entre los distintos supuestos pero sabiendo que de existir el supuesto de hecho de gestión no nacerá la acción de enriquecimiento. Por tanto los supuestos presentados pueden ser similares.

SUPUESTO DE HECHO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código civil recoge la figura de la *negotiorum gestio* en su art. 1.888, de acuerdo con el que «El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a constinuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se hallase en estado de poder hacerlo por sí».

A partir de este precepto debe analizarse el supuesto de hecho de la gestión, cuáles son los presupuestos necesarios que deben conducir a la aplicación de las reglas de la gestión de negocios. Decimos que a partir de este precepto porque no todos los elementos del supuesto de hecho

(48) §812.1 «Quien obtiene algo sin causa jurídica por prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a restituirle. Esta nobligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico».

de la gestión, están precisamente en este art. 1.888 o mejor no exclusivamente, sino que hay que conectarlo con otros preceptos de la sección que se inicia con el citado artículo (49).

Si bien deben determinarse los elementos del supuesto de hecho, debe entenderse la gestión de negocios ajenos en sus justos términos. Es una institución que como vimos anteriormente se excluye en ordenamientos como el anglosajón y se admite en otros como el nuestro. Esta admisión no puede entenderse en ningún caso generalizada, aplicable a cualquier supuesto. Admitida en nuestro Derecho incluye en sus caracteres una nota de excepcionalidad. No debe olvidarse en ningún caso que la gestión de negocios ajenos en principio representa esencialmente una intromisión en los asuntos de otro sin su llamada. El Código permite dicha intromisión en determinadas ocasiones, esto es, cuando específicamente estemos en presencia del determinado supuesto de hecho de la gestión sin mandato. Por ello en ningún caso debe estimarse la gestión de negocios sin mandato con generalidad sino precisamente con cierta dosis de excepcionalidad.

A partir del art. 1.888 CC puede decirse que estamos en presencia de actos de gestión o administración. La gestión hay que entenderla en su sentido amplio como manejo, administración, disposición o posesión (50). La gestión puede consistir en actos jurídicos o materiales. En el primer caso por ejemplo podemos estar ante un supuesto de gestión en el caso del pago de una deuda de otro. En el segundo en el caso típico del que retira a un automovilista de su coche en llamas podrá ser gestor de negocios del automovilista y de su aseguradora.

Lo ajeno del negocio gestionado resulta del tenor literal del precepto «negocios de otro». Aquí debe hallarse el elemento objetivo del supuesto de hecho de la gestión, el negocio es objetivamente ajeno

(49) Debemos aclarar que no pretendemos entrar en el análisis de cada concepto en el intento de contribuir al estudio profundo de cada uno de ellos. No es la finalidad de nuestro estudio que solamente fue iniciado con el intento de seguir el método de grupos de casos para saber en qué momento pueden aplicarse las normas de la gestión en vez de otras o al mismo tiempo que otras. Por ello partimos de nuestra doctrina que se ha preocupado precisamente de matizar estos conceptos en toda su profundidad. *Vid.* entre otros: DÍEZ-PICAZO, *Comentario del Código civil*, art. 1.888 y ss. Ministerio de Justicia, Madrid 1991; NÚÑEZ LAGOS, *Comentarios al Código civil*, de Scaevola, T. XXX, vol. I, y «La ratificación» en RDN 1956, pp. 64 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, T. 12; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3, pp. 629 y ss.; LACRUZ BERDEJO, «La gestión de negocios sin mandato», RDP 1975-I, pp. 245 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, «La gestión de negocios ajenos (aportación a una teoría general)», RDP 1957-I, pp. 619 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1986; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, «El aprovechamiento de las ventajas de la gestión», GC 1989; LASARTE, *Comentario del Código Civil*, art. 1.893 y ss. Ministerio de Justicia, Madrid 1991; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», en *Estudios homenaje al Prof. Lacruz*, T. I, Barcelona 1992.; CUADRADO IGLESIAS, «Aproximación histórica a la gestión oficiosa de negocios ajenos», *Estudios homenaje al Prof. Lacruz*, T. II, Barcelona 1993.

(50) *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *Comentario al Código civil*, cit., com. al art. 1.888.

cuando pertenece al círculo de asuntos o intereses de otro. No obstante el precepto no excluye la posibilidad de lo que la doctrina alemana denomina negocio también-ajeno. Es decir cabe el supuesto de que al mismo tiempo se gestione un negocio ajeno pero también propio. En primer lugar literalmente la gestión de un negocio de otro no excluye que dicho negocio siendo de otro sea al mismo tiempo propio. El Código civil no se opone a ello, sólo se opone a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio (art. 1.891). Por tanto en la *ratio* del art. 1.891 existe la posibilidad de concurrencia de intereses, si bien en ningún caso posponiendo el interés del *dominus* al propio del gestor. La concurrencia de intereses sin posposición de los del *dominus* serán claros en aquellos supuestos en los que los intereses sean coincidentes, es decir, intereses dirigidos a la consecución de un mismo resultado. Ello sucede, como veremos en los supuestos de comunidad. Es perfectamente posible en caso de intereses coincidentes gestionar al mismo tiempo un negocio propio y ajeno y en lo ajeno existirá gestión de negocios ajenos. No vemos la dificultad para admitir esto, ni en la razón del supuesto ni en la literalidad del Código que lo único que exige es encargarse voluntariamente de un asunto de otro.

El elemento objetivo del supuesto de hecho es, precisamente, que exista un negocio ajeno, que en el caso de ser también propio por razón en un mismo interés, objetivamente puede reconocerse en la parte que lo sea, como ajeno (51).

Elemento del supuesto de hecho de la gestión que el art. 1.888 CC enuncia es la gestión voluntaria. Se señala como elemento del supuesto de hecho el «*animus aliena negotia gerendi*». El *animus aliena negotia gerendi* se ha identificado durante mucho tiempo con la intención de gestionar altruistamente lo ajeno (52). El elemento subjetivo de la gestión supondría un querer cuidar los asuntos de otro. Como todas las cuestiones subjetivas, el elemento volitivo encuentra su dificultad en la prueba que supone entrar en cuestiones valorativas de la voluntad y de su funcionamiento en los distintos sujetos. Como señalan DIEZ-PICAZO y GULLON (53) ante la imposibilidad de prueba de tal requisito, o se sienta la presunción derivada de la general de buena fe en el actuar, de que el gestor posee aquel *animus*, o de que basta el que conscientemente se asuma la gestión de lo ajeno como hace el Código civil italiano de 1942 (art. 2.209).

En el elemento subjetivo existen dos dificultades. La primera de ellas es la misma existencia de ese *animus* de gestionar que encierra el

(51) Vid. J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, T. V, vol. 2, com. art. 394, pp. 81 y ss.; LACRUZ, *ob. cit.*, p. 259.

(52) Vid. PASQUAU, *ob. cit.*, la evolución doctrinal en pp. 56 y ss.

(53) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, pp. 566 y ss., Madrid 1990.

art. 1.888. No puede obviarse el hecho de que el legislador introdujese ese elemento voluntario en el texto legal, y a lo más que podrá llegar el intérprete es a la máxima objetivación dentro de lo subjetivo de este elemento. La segunda es la prueba del *animus*. En principio debe partirse en la medida de lo posible de la existencia del primer elemento del supuesto de hecho que, sin duda ninguna, es el elemento objetivo, la naturaleza objetivamente ajena del negocio. Una valoración de los supuestos concretos de gestión debe comenzar con la concreción de la naturaleza objetiva del negocio. Si el negocio es objetivamente ajeno, es decir pertenece al círculo de intereses del *dominus*, debe presumirse el ánimo de gestionar para otro y por tanto el segundo elemento, lo que incide directamente en la carga de la prueba y por tanto corresponderá al *dominus* destruir la presunción. Sólo en el caso en el que el negocio no sea objetivamente ajeno, es cuando la voluntariedad define la gestión, siendo la voluntad de gestionar para otro elemento decisivo en el supuesto de hecho. Esto implica la dificultad de la prueba del *animus* en el gestor. Dejar sencillamente la decisión de la aplicación de las reglas de gestión con base en un criterio puramente subjetivo no es en el mejor de los casos recomendable. Debe tenderse al máximo al estudio y valoración del primer elemento del supuesto de hecho, la naturaleza objetivamente ajena del negocio.

Al igual que para el derecho alemán, la naturaleza objetiva del negocio no implica que no pueda contemplarse la posibilidad que reconoce la doctrina alemana de que el negocio sea «también-ajeno». El supuesto que podría decirse está típicamente contemplado por nuestro Ordenamiento es el ejercicio de acciones por los comuneros.

Debe partirse de la unidad de estudio de dos temas que, si bien distintos, son reconducibles a los mismos esquemas: el ejercicio de acciones por parte de los comuneros y el ejercicio del derecho de crédito cuando éste es mancomunado, puesto que el crédito mancomunado no es otra cosa que un derecho de crédito en comunidad.

El problema en los créditos mancomunados se plantea en torno a la existencia de un litisconsorcio activo necesario y por tanto si el deudor cuando no es demandado por la totalidad de los acreedores puede oponer una excepción fundada en una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. DIEZ-PICAZO señala entre uno de los caminos para resolver este problema, entender que la cuestión no se encuentra resuelta en el art. 1139 y ha de acudirse al régimen supletorio de la comunidad de bienes. Parte el citado autor de la idea de que la pretensión judicial no puede considerarse a priori ni como un acto beneficioso, ni como un acto perjudicial, porque será la sentencia la que permita *a posteriori*, calificar el acto como perjudicial o como beneficioso. Según las normas de la comunidad, los actos de administración o mejor disfrute de la cosa (art. 398 CC) requieren el acuerdo de la mayoría de los participantes y los actos que presuponen alteraciones de la cosa común o disposiciones sobre ella, exigen la unanimidad —aun-

que pudiera resultar ventaja para todos— (art. 397 CC). Señala el mismo autor que inicialmente no parece que la reclamación judicial de un crédito sea una acto de administración y que por consiguiente la legitimación es colectiva del consorcio o del grupo y si uno de los acreedores inicia el proceso, el deudor puede proponer la consiguiente excepción. Además toma en cuenta el citado autor el art. 1.252.3.º en el que se recoge la extensión de la cosa juzgada y argumenta como la acción entablada por un cotitular produce efectos de cosa juzgada respecto de los restantes cotitulares, y ello con independencia de que la decisión haya sido desfavorable o perjudicial. De ahí señala que la relación jurídico procesal no se constituya bien si no concurren todos los que están unidos por los vínculos que surgen por la indivisibilidad de las pretensiones (54).

Sin embargo desde otro punto de vista podría admitirse la posibilidad de ejercicio de la acción por cualquiera de los acreedores, aplicando las reglas de la comunidad de bienes, tal y como viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (55), que permite la comparecencia en juicio de cualquiera de los comuneros para defender los derechos comunes. Critica Díez-PICAZO esta postura porque ello supondría volver de nuevo a la distinción entre actos beneficiosos y actos perjudiciales y la posibilidad de establecer de antemano esa calificación.

No obstante MIQUEL (56) que ha estudiado en profundidad el ejercicio de acciones por los comuneros señala respecto del art. 1.139 que si se sigue la doctrina jurisprudencial el ejercicio de la pretensión judicialmente no reportará ningún perjuicio a los demás comuneros, porque la sentencia adversa no les afecta. El problema en esta materia es precisamente el relativo a la extensión de la cosa juzgada. Señala MIQUEL (57) que «la doctrina jurisprudencial encaja

(54) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos cit.*, vol. II, pp. 184 y ss.; R. BERCOVITZ, *Comentarios al CC y Comp. For.*, Edersa, T. XV-2.º, Madrid 1983, pp. 418 y ss. GUILARTE, *Comentarios al CC y Comp. For.*, T., XV-2.º Madrid 1983, pp. 208 y ss. Señalan estos autores que precisamente ese precepto presupone que la actuación individual de un solo acreedor sea válida.

(55) El Tribunal Supremo viene manteniendo que cualquiera de los comuneros o coherederos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos y la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que les perjudique la adversa o contraria (sentencias de 31 de enero de 1973, 14 de marzo de 1978, 3 de julio de 1981, 7 de febrero de 1981, 15 de junio de 1982. No es aplicable esta doctrina si hay oposición (sentencias de 8 de abril de 1965, 17 de junio de 1961 y 19 de febrero de 1964). Además los comuneros que consintieron el juicio, aunque no hubieran litigado, deben pasar por la sentencia que recaiga (sentencias de 12 de octubre de 1908, 3 de febrero de 1961 y 5 de enero de 1977). Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 81.

(56) J. M. MIQUEL GONZÁLEZ *ob. cit.*, pp. 81 y ss.

(57) *Ob. cit.*, p. 84.

perfectamente en los esquemas de la gestión de negocios ajenos. De modo que este supuesto podría ser el que explicara de un modo general la doctrina jurisprudencial, que de otra forma parece un tanto extraña, en especial en lo relativo a la eficacia de la sentencia respecto de los comuneros que no han litigado». Aclara el citado autor que con eso no entiende que se admita en el proceso una gestión de negocios ajenos representativa en general, sino que lo que entiende es que tal jurisprudencia se explica con los presupuestos y efectos de la gestión de negocios ajenos, en el sentido de que «se admitiría en el caso de los condueños la gestión de negocios ajenos aplicada al ejercicio de las acciones». Se entendería así que el condueño que ejercita la acción actúa al mismo tiempo un negocio propio y ajeno de los demás condueños, en el sentido visto en el derecho alemán del negocio «también-ajeno» (58). Por lo tanto y siguiendo a MIQUEL no es que la sentencia produzca efectos favorables al condueño, sino que tales efectos se producen a través de la ratificación de la gestión.

Argumenta además el citado autor que son cosas distintas que la cosa juzgada extienda sus efectos favorables al que no litigó de una manera automática y otra diferente que eso se produzca a consecuencia de la ratificación o aprovechamiento de ventajas propio de una gestión de negocios ajenos. Si fuese de manera automática estaríamos ante un supuesto del art. 1.893 en todo caso porque los gastos ocasionados por el proceso estarían a cargo de todos porque a todos beneficia. En este sentido aclara MIQUEL que «...el ejercicio de acciones por un solo comunero en beneficio de los demás, sin tener su representación, es un supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato. Pero puede presentarse el problema de si precisamente la ventaja es ya la sentencia favorable, o, por el contrario, la utilización de tal sentencia favorable o el aprovechamiento de las ventajas de la ejecución de la sentencia. En cambio, si la extensión de la cosa juzgada no se produce automáticamente, entonces será necesaria, en todo caso, o una declaración de voluntad o un aprovechamiento efectivo de las ventajas de la sentencia favorable» (59).

(58) *Vid.*, MONTES. «La propiedad horizontal como colectividad organizada», *A.D.C.* 1972, pp. 901 y ss. Señala este autor «Cabe el ejercicio de actos de administración por los condóminos en cuanto actos ejercitados como gestión de negocios sin mandato. figura que es admisible en la copropiedad, aunque, al propio tiempo, el condómino actuante gestione un negocio propio».

(59) Señala también MIQUEL que «resulta sumamente duro el sistema de la actuación conjunta y las únicas desventajas que presenta el que sigue la jurisprudencia son no para los comuneros, sino para el tercero demandado. Ahora bien, es posible que se exageren los inconvenientes que para el tercero tiene el sistema de la jurisprudencia. Ante todo hay que decir que una llamada en causa a los comuneros que no participan podría ser una adecuada solución, lo lamentable es que nuestro Derecho no parece haber puesto mucha atención en tal institución. Lo que sin duda cabe al tercero es ejercitar una acción declarativa contra los demás comuneros que no litigan a fin de obtener una fijación definitiva de la controversia frente a todos. Esa demanda que no sería admitida si se formulara por medio de una reconvencción, podría formularse al margen del juicio iniciado y luego pedir la acumulación de los autos. Este es quizá el mejor remedio para el tercero que no quiera verse

Creo que en estos supuestos, cabe en nuestro Derecho a semejanza del derecho alemán, la posibilidad de gestión de un negocio ajeno pero también propio. El Código civil no se opone a ello, sólo se opone a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio (art. 1.891). La concurrencia de intereses sin posposición de los del *dominus* serán claros en aquellos casos en los que los intereses sean coincidentes, es decir, intereses dirigidos a la consecución de un mismo resultado. Cabe la posibilidad de que ante intereses coincidentes, se gestione al mismo tiempo un negocio propio y ajeno y en lo ajeno existirá gestión de negocios ajenos. El elemento objetivo del supuesto de hecho es precisamente que exista un negocio ajeno, que en el caso de ser también propio con razón en un mismo interés, objetivamente pueda reconocerse, en la parte que lo sea, como ajeno.

Elemento del supuesto de hecho de la gestión de negocios para el nacimiento de la *actio negotiorum contraria* es el «*utiliter coeptum*» entendido como inicio útil de la gestión (60). Puede existir por otra parte un inicio útil de la gestión tanto si el *dominus* la conoce como si no (61).

Por último del carácter voluntario de la gestión recogido por el repetido art. 1.888 CC. resulta también un elemento negativo, la falta de toda obligación legal o voluntaria de asumir la gestión. En el mismo sentido no debe existir mandato ni tampoco ninguna otra relación jurídica que imponga el deber de actuación. Si bien ello no significa que la gestión no pueda nacer en ningún caso cuando entre gestor y *dominus* exista una relación contractual. Puede surgir, por ejemplo, en el supuesto en que se despliegue una actividad no prevista en el contrato o no integrada en él en virtud del art. 1.258 CC. Surge también la duda, en los casos en los que la relación sea nula o siendo válida encierre algún vicio que pueda conducir a su anulabilidad y así se ha planteado en los tribunales alemanes. En estos momentos no debe excluirse de antemano dicha posibilidad, aunque inmediatamente estudiaremos algún caso concreto.

expuesto a nuevas reclamaciones judiciales después de haber vencido a un solo comunero».

(60) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Comentario del CC, cit.*; PASQUAU, *ob. cit.*, p. 404 y ss.; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, *ob. cit.* pp. 157 y ss.

(61) En el Proyecto de 1851 se requería que no hubiera conocimiento del *dominus*, el Código sin embargo suprimió la exigencia del desconocimiento del *dominus*. Lo único que se cuestiona la doctrina es si puede existir gestión cuando la actividad del gestor ha sido expresamente prohibida por el *dominus*. En principio la prohibición, siguiendo a DÍEZ-PICAZO (*Comentario del CC, ob. cit.*, p. 1944) la prohibición excluye la aplicación de los preceptos de la sección de la gestión, que requiere el *utiliter coeptum*, y es difícilmente planteable un emprendimiento útil si se violenta la voluntad del *dominus* a menos que así esté previsto en la ley, como ocurre por ejemplo en el BGB &679 de acuerdo con que: «No se toma en consideración una voluntad del *dominus* contraria a la gestión si, sin dicha gestión, no hubiese sido cumplida a tiempo una obligación del *dominus* cuyo cumplimiento sea en interés público o una obligación legal de alimentos por parte del mismo».

Dijimos anteriormente que las reglas de la gestión de negocios han sido utilizadas de forma desbordante por la Jurisprudencia en Alemania. Realmente la única manera de estudiar este tema consiste en realizar grupos de casos, fundamentalmente con la intención de analizar de forma excluyente la aplicación de las reglas de la gestión. En la mayoría de estos supuestos, como veremos, en principio podrían haberse aplicado otro tipo de normas. No obstante la Jurisprudencia ensancha el campo de aplicación de las reglas de gestión de negocios ajenos, en supuestos en los que era bastante difícil encontrarse ante casos de este tipo de gestión. Como normas ofrecidas por nuestro Ordenamiento entendidas como mecanismos de restitución, la delimitación de la gestión de negocios ajenos debe realizarse de un lado frente a las reglas del enriquecimiento y de otro frente al derecho de daños.

GRUPOS DE CASOS (COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ALEMÁN Y EL DERECHO ESPAÑOL) SUPUESTOS DE NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

La doctrina alemana señala unánimemente que las reglas de la gestión no permiten la existencia entre gestor y *dominus* de una relación jurídica, sea eficaz o no. En principio la gestión del §677 se excluiría si entre *dominus* y gestor existe un contrato. No obstante la gestión se utiliza por la Jurisprudencia sustituyendo a las normas de la ineficacia contractual. La Jurisprudencia se mueve en torno a los preceptos de esta institución si en la gestión del negocio la razón sustentadora del negocio es nula (62). Se toma en consideración que la conclusión del contrato (ineficaz) indica la voluntad de la actuación para el otro contratante, este es, de todos, el carácter delimitador que, por otra parte, lleva el particularísimo concepto de la «voluntad de gestionar un negocio ajeno», como vimos en su momento. A partir del §677 se aplica el §683.1 en virtud del cual si la asunción de la gestión responde al interés y a la real o presunta voluntad del señor del negocio, el gestor puede exigir, como un mandatario, indemnización de sus gastos. En el momento de decidir que pretensión puede existir en los casos de ineficacia contractual (se entiende para la restitución) se señala por la doctrina, lógicamente, que debe ser prioritaria la doctrina del negocio jurídico y las normas del enriquecimiento (tengamos en cuenta la diferencia existente con nuestro Ordenamiento). La doctrina crítica de forma unánime esta jurisprudencia (63).

(62) RG 90, 211 (215); RG 94, 131 (134); BGH 37, 258 (262); BGH39, 87; BGH 50, 90.

(63) ERMAN/HAUSS. 10, §677, *ob. cit.*; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 240-241, n. 414; SCHUBERT, AcP 178, 451; ESSER/WEYERS, *ob. cit.*, p. 393; HELM, *ob. cit.*, p. 364; WOLLSCHLAGER, *ob. cit.*, p. 147, STAUDINGER/WITTMANN, §677, entre otros.

Vamos a analizar, en concreto, una de las sentencias que merecen especial atención, la decidida por el Tribunal Supremo alemán de 25 de junio de 1962 (64).

En el caso de esta sentencia, el demandante que se encontraba en especiales dificultades económicas había contratado al demandado que era un eficaz asesor de empresas y economista. Existe aquí, según el derecho alemán un contrato de gestión de un negocio bajo la prohibición del Art. 1 & 1 RBERatG (*RechtberatungsGesetz*), es decir la Ley de asesoramiento Jurídico. En principio el contrato es nulo porque el asesor no estaba colegiado conforme a dicha ley. La consecuencia es la nulidad del & 134 BGB (65). El demandante le encarga con fecha 9 de diciembre de 1957 llevar a cabo el saneamiento de sus deudas. El demandado negoció con los acreedores del demandante y consiguió una importante remisión de la deuda, y en relación con el valor patrimonial obtuvo del demandante que se aplicase la mitad para el pago de los acreedores y la otra mitad para compensar sus honorarios. El día 11 de noviembre de 1958 presenta al demandante una relación de sus honorarios que especifica en 25.153,20 DM. En la cuenta final calcula los ingresos totales en 39.995,91 DM, desembolsando 20.745,29 DM. La diferencia de 19.249,91 DM la retiene el demandado como pago de sus honorarios. El demandante cree excesiva la remuneración reclamando 10.000 DM. más los intereses. El demandado contesta solicitando hasta el total del pago de 25.000 o 26.000 DM. La primera instancia fue conforme con la demanda, en la segunda se admitió un máximo de 9.249,91 DM, y por lo demás fue rechazada la demanda. La revisión del demandado no tuvo consecuencias. Se entendió que el contrato celebrado el 9 de diciembre de 1957 fue nulo, en virtud de que era contrario a una prohibición legal, por tanto nulidad en virtud del & 134 BGB, dándose la prohibición para una de las partes en el contrato, el contrato es nulo para dicha parte contractual. Es decir lo que el BGH estima es que se produce la nulidad para una de las partes en el contrato y no para la otra. Como dice CANARIS ésta fue la primera vez que el BGH aceptó la nulidad para sólo una de las partes en virtud del & 134 BGB, siendo hoy una consecuencia práctica poco frecuente (66).

(64) BGH 37, 259; *vid.* también BGH 39, 87, de 31 enero de 1963, *vid.* últimamente la sentencia BGH de 30 de septiembre de 1993, NJW 1993, 3196. En el caso de nulidad de un contrato de obra, el contratista tiene pretensión de reembolso de los gastado en virtud del derecho de GoA, aplicándose los & 683 y 670 BGB.

(65) & 134 BGB: Un negocio jurídico celebrado en contra de una prohibición legal es nulo, si de la ley no se deduce lo contrario.

(66) El siguiente caso fue el comentado por CANARIS (NJW 1985, pp. 2403 y ss.), BGH 20-12-1984. Los hechos fueron los siguientes: El demandante edificó en 1976 un chalet unifamiliar. La mano de obra la llevaba a cabo el demandante de forma mediata con el demandado y junto con este dos auxiliares. El demandante reprochó al

El problema radica en la liquidación de las prestaciones, es decir, con base en que reglas se produce esa liquidación. Según el BGH el contrato es nulo para la parte que infringió la ley, en nuestro caso el economista demandado. Entiende el Tribunal que estamos ante un supuesto de gestión de negocios ajenos por lo que se aplicaría el &677 BGB, y dándose en el caso la aceptación por parte del demandado de conducir un negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del dominus, se da el supuesto del &683 BGB, que como sabemos remite a las normas del mandato (&670 BGB). Como señala CANARIS (67), la consecuencia modelo en estos supuestos de nulidad, para una de las partes en el contrato sería la siguiente: El que contrató infringiendo la ley sólo tiene una pretensión de enriquecimiento (con el límite del & 817.2 para la consciente infracción), mientras que la otra parte tendría una pretensión contractual.

Una construcción semejante sería perfectamente posible en nuestro Derecho. Podría hablarse de nulidad relativa especial para una de las partes o como dice CARRASCO (68), de un tipo de nulidad que es divisible. Estructuralmente podría decirse que el contrato es nulo para una de las partes, aquélla que infringe una prohibición legal (ej. patri-

demandado que había llevado a cabo una débil estructura de vigas de hormigón, ya que en vez de emplear sólo hormigón había utilizado una mezcla de hormigón. Por esta razón el edificio había resultado defectuoso, cuya reparación suponía un considerable aumento de gastos. Por todo ello debía responder el demandado, puesto que se había realizado el contrato de obra tomando en consideración su conducta como contratista (el precio de la obra se estipuló en 23.000 DM). Alegó además el demandante el incumplimiento del contrato de obra pues el demandado sólo ha sido un auxiliar realizando un trabajo sólo como empleado. El demandante hizo un cálculo de 30.000 Dm junto con los intereses y pidió la verificación del deber de indemnización de los daños. El contrato se había realizado en contra de una ley que impide la contratación clandestina de trabajadores, que tiene como consecuencia la nulidad del contrato. El mismo supuesto que estamos analizando en el texto, en virtud del & 134 BGB. En este caso señaló el BGH que el demandante conocía o podía haber conocido la prohibición legal del demandado, es decir responsabilidad del demandado en virtud del &307 I.2 BGB, en virtud del cual «Quien en el momento de la conclusión de un contrato dirigido a una prestación imposible conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando, sin embargo, la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato (interés negativo). No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad». Por tanto en este caso la responsabilidad del demandado se excluye. Pero el BGH en *obiter dictum* consideró como posible la concesión de una pretensión de indemnización de los gastos en virtud de los && 683,670 BGB, si bien en el caso no la concedió, sino que la sustituyó por una vacía pretensión de enriquecimiento. Como dice CANARIS «aunque sea en *obiter dictum* es también falso, que la pretensión de indemnización de los gastos tenga prelación sobre el derecho de enriquecimiento como orden de liquidación de las prestaciones».

(67) Vid. también FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* II. Das RechtsGeschäft, 4 Aufl. & 17, 4, pp. 346 y ss. y &3=, 8, pp. 554 y ss.

(68) *Comentarios al CC y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo, T. I, vol. 1.º, art. 6.3, Madrid 1992.

monio histórico-artístico), mientras que no lo es para la otra. Es curiosa la argumentación de CARRASCO partiendo este autor de que el art. 6.3.^o no es otra cosa que una subespecie de la nulidad derivada de ilicitud causal, señala que su régimen específico es el de los arts. 1.305 y 1.306 CC. Argumentando que quizá pueda hablarse de un predicado de nulidad que es divisible, es decir, que sólo puede ser hecho valer por una de las partes. Todo ello en función del círculo de protección de la norma infringida. Señala este autor que «toda norma con contenido imperativo o prohibitivo orientada a la protección de una parte del contrato no puede derivar, en caso de infracción, en nulidad radical. Pues entonces la acción de nulidad estaría disponible en favor de la parte a quien no intentaba proteger la norma, y la parte protegida estaría entonces imposibilitada de confirmar» (69).

Creemos que esta línea se puede seguir, pero no tanto en cuanto a la posible alegación de la nulidad por una de las partes y no por la otra, sino a la validez del contrato para una de ellas y no para la otra, que es completamente distinto.

A partir de la pretendida admisión de un tipo de nulidad de estas características, el problema radica en la liquidación de las prestaciones. El sujeto que cumple en virtud de un contrato válido, efectúa una prestación contractual y la restitución de la misma procederá conforme a las normas contractuales. El que contrató infringiendo la prohibición, si cumple no estará efectuando una prestación derivada del contrato. Las reglas de liquidación de las prestaciones serán distintas para uno y para otro.

No obstante lo anterior, otra cuestión es que, como deciden los tribunales alemanes, estemos en presencia de un supuesto de gestión de negocios, solución acertadamente criticada por la doctrina del mismo país. Podremos estar en supuestos de enriquecimiento pero difícilmente ante un supuesto de gestión de negocios, tal y como quedó configurado en páginas anteriores.

Es curioso que en nuestro Tribunal Supremo, haya sido la Sala 4.^a la que ha resuelto de forma parecida, si bien como veremos inmediatamente pueda criticarse, en algunos supuestos en que el negocio celebrado se declaraba nulo decidiendo, los casos en cuestión, con base en el derecho de gestión de negocios, si bien mezclándolo con el derecho de enriquecimiento injustificado. En cualquier caso, las sentencias que citamos, deberían quizá comentarse desde el punto de vista del derecho administrativo, pues estamos en presencia de la validez o nulidad de este tipo de actos, cuestión distinta a la materia civil. Si bien y únicamente como referencia merece la pena citarlas.

(69) *Vid.* La metódica argumentación del citado autor *ob. cit.*, pp.800 y ss.; *vid* también GORDILLO, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *ADC* 1975, pp 101 y ss.

El primer caso que hemos encontrado es el que resolvió la STS de 22 de enero de 1975. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: El Alcalde de una determinada localidad encarga sin la aprobación del Pleno del Ayuntamiento, necesaria para el caso, la construcción de un matadero municipal. Se incumplieron las formalidades precisas para la validez del contrato. El matadero se construye y se entrega. Posteriormente el contratista reclama la cantidad debida a consecuencia de la construcción y el Ayuntamiento se opone alegando la nulidad del contrato por falta de legitimación del Alcalde y por incumplimiento de las formalidades necesarias para la validez del contrato.

A partir de la nulidad del contrato, el Tribunal Supremo señala en uno de sus considerandos «Que a parte o con independencia de la perspectiva contractual no puede ignorarse la existencia en el campo del Derecho Administrativo de otras fuentes de las que surgen obligaciones de tal carácter, tales como la llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante a este campo de la teoría de la *«negotiorum gestio»*, que si bien una parte de la doctrina combate en base de la *«prohibitio domini»* la mayoría admite la posibilidad, al menos del ejercicio de una acción *«in rem verso»*, sirviéndole de soporte el enriquecimiento experimentado, en este caso, por el patrimonio del Ayuntamiento demandado y tendente a cubrir el hueco dejado por el acto nulo, y proteger subsiguientemente al gestor de buena fe que merece amparo no sólo por razones de equidad, sino también de seguridad jurídica ya que obró confiadamente, lealmente, al entender suficientes garantías dadas por el Alcalde aparentemente legitimado.....se dan los precisos para afirmar existe un cuasicontrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y el actor-reclamante, por desprenderse de los autos que el encargo de la obra fue realizado indudablemente por el Alcalde sin contar con autorización suficiente, y que una vez realizada la misma (como tal edificio) se integró en el patrimonio municipal, beneficiándose o enriqueciéndose con la misma». Señalando finalmente «que la simple utilidad es suficiente para fundamentar una acción *in rem verso* como la ejercitada» (70).

(70) Vid. también la STS de 11 de octubre de 1979 (Sala 4.^a). Los hechos fueron los siguientes: El Ayuntamiento de determinada localidad adjudica mediante subasta las obras para la construcción de una depósito-presa de abastecimiento de aguas a un particular. El proyecto es posteriormente modificado unilateralmente por el Ayuntamiento, y el contratista solicita la nulidad de las actuaciones y la liquidación de los gastos invertidos. El TS curiosamente parte primero de la validez de las actuaciones negando la nulidad absoluta. Pero decide con base en el derecho de gestión. Dice el TS en uno de sus considerandos «Que incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular, en beneficio de la Administración, no cuente con una base paccionada, por elemental que sea, tampoco estaría justificada la solución a la que llega el Tribunal a quo (nulidad absoluta) puesto que lo procedente, ante la situación fáctica irreversible, y los intereses subyacentes,

Tanto en esta sentencia como en todas las citadas puede comprobarse que se entienden la acción de gestión de negocios y el enriquecimiento injustificado como una misma acción. En estas sentencias lo que se está aplicando en realidad es directamente un principio general, que en definitiva supone, como puede observarse, una decisión conforme a la equidad (71).

En cualquier caso creo que aquí se están confundiendo cuestiones distintas. En primer lugar habría que señalar cuales son las consecuencias de la determinación de un negocio nulo, si cabe lo que nosotros hemos denominado nulidad relativa a una de las partes. En segundo lugar sabemos suficientemente que la acción de gestión de negocios ajenos y la de enriquecimiento injusto son acciones distintas, si bien en último término fundamentadas en un principio de enriquecimiento. En cualquier caso ello no puede conducir a la aplicación directa de un principio general.

Si partimos de la nulidad del negocio en principio los contratantes deberían restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, por tanto acción de restitución derivada de las normas de nulidad de los contratos.

Si admitimos la posibilidad de la nulidad relativa, significaría no que una de las partes pueda alegar la nulidad y la otra no sino que el

es configurar esta situación jurídicamente como cuasi contrato de gestión de negocios («*negotiorum gestio*»), en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasi contratista por la actividad que su actividad le haya reportado, disponiendo éste de una «*actio in rem verso*», fundada en el enriquecimiento sin causa que se produciría, de no funcionar los debidos resortes compensatorios».

Vid. también la STS de 29 de octubre de 1980. El Ayuntamiento contrata a determinada compañía por medio de contratación por concierto directo, para la realización de un piscina, sin tramitación del procedimiento de calificación de urgencia. Se realiza la obra y se entrega. La sociedad contratista reclama el pago de la cantidad por la ejecución de la obra, y el Ayuntamiento se opone alegando la nulidad del contrato por falta de los requisitos formales para su validez. El TS condena al pago al Ayuntamiento y señala que es doctrina del TS no de las cláusulas del contrato ni por tanto de las obligaciones de ellas derivadas, sino de los principios generales por cuanto entregada la obra e ingresada la misma en el patrimonio municipal, incluso usada ya, la simple invalidación abocaría a consecuencias de injusticia lesivas para la parte a quien no era imputable la causa de nulidad, por eso en tales supuestos se ha venido fundando la obligación municipal de abonar el precio de la obra al contratista en el enriquecimiento injusto o el cuasicontrato de gestión de negocios de la Administración y el ejercicio de una *actio in rem verso* determinantes de la obligación del pago en cuanto la obra ejecutada queda en su poder.

Vid. también la STS (Sala 4.^a) de 21 de abril de 1976, en la que en un supuesto semejante se acude directamente al principio del enriquecimiento injustificado.

(71) Vid. PASQUAU. *ob. cit.*, pp. 229 analiza estas sentencias, señalando respecto de la de 1979 que la aplicación está hecha en atención más a la situación fáctica concreta que a aquellos principios, lo que pone de manifiesto ese carácter de la gestión de negocios de instrumento jurídico flexible al servicio de la equidad, o si se quiere, de excusa o pretexto dogmático para decidir en equidad.

contrato celebrado es nulo para una y válido para la otra, lo que son cuestiones distintas. De admitir la nulidad relativa como la entendemos en el sentido de que el contrato sea válido para uno y para el otro no, nos podría conducir, como lo ve CANARIS para el derecho alemán, a la posibilidad de que el que infringió (el Ayuntamiento) no tendría pretensión contractual, por consiguiente sería el Ayuntamiento el que hubiera podido ejercitar o bien una acción de gestión de negocios o una acción de enriquecimiento injustificado, dependiendo del supuesto de hecho ante el que nos encontremos. Mientras que para el que contrató con el Ayuntamiento su pretensión seguiría siendo contractual por lo que no necesitaría acudir a otro tipo de normas.

No obstante todo lo anterior, debe plantearse un construcción semejante en nuestro ordenamiento. Partiendo de la posibilidad ya vista, debemos tener en cuenta que nuestro Derecho recibe la idea de causa del ordenamiento francés, los contratos celebrados sin causa o con causa ilícita o torpe son nulos (art. 1.274 CC) y la restitución de los desplazamientos patrimoniales efectuados se produce como consecuencia de la nulidad. En el derecho alemán, en su BGB, la idea de causa no aparece en la regulación del negocio jurídico ni en la teoría general del contrato, sólo en el enriquecimiento. En estos casos en los que la causa sea ilícita se podría enfocar la cuestión desde dos puntos de vista. Si partimos de que unas acciones excluyen a las otras sólo se aplicaría, bien el supuesto de gestión cuando exista, bien el derecho de enriquecimiento sólo en defecto de otras normas. Si se plantea la cuestión desde la no subsidiariedad de estas acciones respecto de otras, se podrían plantear alternativa o concurrentemente estas otras, bien con las normas de gestión, si es que existe supuesto de hecho de gestión, bien con las de enriquecimiento.

UTILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE LA GESTIÓN COMO PRETENSIÓN DE REEMBOLSO

Un segundo grupo de casos en los que se intenta la aplicación del derecho de gestión de negocios sin mandato son aquellos en los que alguien reclama la restitución de los costes por las medidas adoptadas cuando se había obligado frente a un tercero «*Vergütungsanspruch*». Se aplica el derecho de gestión al deudor en una pretensión de reembolso por prestaciones en los contratos de servicios o contratos de obra para asegurar junto a la parte en el contrato un obligado a la restitución adicional y solvente. Es famoso dentro de este grupo el llamado «caso de Glaucoma», LG Bonn 70, 321 (72). Aunque hoy en día la solución sería distinta por la reforma del § 1357 BGB relativo a la potestad

(72) LG Bonn. Fam RZ 70, 321, sentencia de 28-1-1970.

doméstica de los cónyuges (73), es interesante resaltarlo para ver de que manera se pretenden fundamentar en la gestión otros supuestos que siguen dándose en la actualidad relativos a otros temas pero con la misma fundamentación jurídica.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia citada fueron los siguientes: El marido de la demandada que padecía glaucoma fue ingresado en una clínica, produciéndose determinados costes derivados de su tratamiento curativo y del alojamiento, en total 4.477,91 DM. El esposo de la demandada efectuó un pago parcial con fecha 22-2-68 de 600 DM y otro posterior de 500 DM por los costes del tratamiento. Si bien el total restante le fue reclamado con fecha 16-7-68 sin ningún pago posterior. Se retrasó el procedimiento hasta marzo de 1969 haciéndose el mandamiento de pago y ejercitando la pretensión frente a la demandada y su esposo como deudores solidarios. El demandante alega que ante la falta de renta patrimonial del marido la demandada responde con su renta patrimonial de los costes en la medida del & 1360, 1360 a) en conexión con el & 683.2 BGB. El demandante gestiona un negocio de la demandada atendiendo los costes de la enfermedad de su marido. La demandada opuso que los && 1360 y 1360 a) sólo regulan derechos y obligaciones entre familiares y no dan ningún fundamento para la pretensión de terceros. El Tribunal señaló que el esposo no estaba en condiciones de cumplir con su obligación contractual en virtud del tratamiento médico, por consiguiente, responde su mujer en razón a su obligación de alimentos —nunca como deudora solidaria— sino desde el punto de vista jurídico de la gestión de negocios ajenos (&& 683, 679 BGB). Con la nueva versión del & 1357 BGB esta jurisprudencia ha perdido su significado porque los contratos celebrados por uno de los cónyuges con el fin del tratamiento curativo de un miembro del familia quedaría dentro del marco general de la potestad doméstica de los cónyuges, así es que nacería una responsabilidad de los esposos frente a médicos, farmacia y hospital (74).

El mismo razonamiento se ha seguido en los casos en que por ejemplo el servicio de grúa, en razón al contrato existente entre ésta y la policía, recoge un vehículo estacionado en lugar prohibido produciéndose una serie de desperfectos en dicho vehículo, utilizándose las reglas de la gestión para la limitación de la responsabilidad.

(73) Vid. STRUTZ, *Haftung bei der ärztlichen Behandlung Kranker Angehöriger*, en NJW 1972, pp. 1110 y ss. El problema fundamental es señalar quién es parte en el contrato y quién ha de pagar los honorarios de médicos y costes habituales. Señala este autor con anterioridad a la reforma de estos preceptos del BGB cuatro grupos de casos distinguiendo según que los cónyuges vivan juntos, vivan separados distinguiendo si existe o no sentencia de separación y un último supuesto cuando la esposa es aún menor de edad.

(74) HAUSS, *ob. cit.*, pp. 2017 que contrariamente al caso del matrimonio queda más cerca la GoA si un menor de edad se le dirige el necesario tratamiento médico sin que en esta ocasión participe el representante legal o el obligado a dar alimentos. No obstante no hemos encontrado ninguna sentencia que apoye esta posición.

En el caso del LG Munchen I, sentencia de 4-4-1974 (75), el demandante pidió indemnización de daños por los desperfectos ocasionados en su automóvil, que estaba estacionado en lugar prohibido, al ser remolcado por el servicio de grúa (demandado), en virtud del encargo de la policía. Se hace referencia en este supuesto a los §§ 278 y 831 BGB, es decir desde el punto de vista de la responsabilidad por sus auxiliares, no obstante se entiende que una responsabilidad de los demandados no podría fundamentarse, porque en las circunstancias del caso sólo responderían por culpa grave y en los hechos indiscutiblemente no podría aceptarse que los demandados hayan actuado con culpa grave en la elección de su personal o en la actividad del remolque. Se reconduce la limitación de la responsabilidad hacia el § 680 BGB señalándose que los demandados han actuado para el demandante como gestores de negocios ajenos en el sentido del § 677 BGB en la acción de retirada del vehículo, añadiéndose en concreto que el acto de remolque era un negocio objetivamente ajeno para los demandados, siendo también subjetivamente ajeno. Se entiende que los demandados estaban obligados de forma jurídico-pública y jurídico-privada como gestores de la policía frente al titular. Así de las circunstancias del caso y ponderando los intereses de ambas partes se pudo comprobar que los demandados no sólo han actuado en cumplimiento de los mencionados intereses sino que también han actuado para el demandante, reconduciéndose el supuesto al § 677 BGB. Se relacionan asimismo en el caso los §§ 678 y 679 BGB. Se toma en consideración en estos preceptos precisamente que la asunción de la gestión del negocio esté en oposición a la real o probable voluntad del *dominus*, no tomándose en cuenta esta voluntad contraria del *dominus* cuando sin dicha gestión no se cumpla a tiempo una obligación del *dominus* en interés público. Además la gestión del negocio entra dentro de lo regulado por el § 680 BGB, al retirar el coche de la salida de bomberos (caso de incendio por ejemplo) por lo que la gestión se propone evitar un riesgo inminente que amenaza al *dominus*, por lo que el gestor sólo responde por dolo y culpa grave. Finalmente se excluye la responsabilidad de los demandados tanto por la vía de los §§ 677, 278 BGB como por los §§ 823, 831 BGB (76).

Existen sin embargo sentencias contradictorias a las aquí expuestas. Por ejemplo en el caso LM München I, sentencia de 28-9-1977 en el que también los hechos se centraban en la recogida de un vehículo por la grúa por mandato de la policía en el que se produjeron unos daños. Aquí sin embargo el Tribunal entendió que la voluntad del demandado no se encontraba en la gestión de un negocio ajeno sino que en

(75) NJW 1976, pp. 898 y ss.

(76) Vid. también en el mismo sentido del razonamiento de esta sentencia LM München I s. 25-5-1977 en VersR 1978, pp. 1076 y ss.

primera línea estaba la finalidad de la ganancia. Señalando que lo que existe es una obligación surgida por el contrato de servicio (77).

En los casos citados se señala por la doctrina que existiendo un contrato entre policía y grúa, la prestación consiste precisamente en ese servicio de recogida de vehículos y solamente podrá la grúa exigir el reembolso por propio derecho de la policía (78).

Señala WEYERS (79) que lo principal en este tema es si el que actúa para el reembolso por la medidas adoptadas por el mismo, entiéndase el titular del hospital, el empresario de la grúa, etc., en particular puede obtener la extensión del riesgo de insolvencia a persona distinta de la otra parte contractual. Sigue diciendo este autor que en estos temas el empleo de las normas de la gestión de negocios se reconduce a un principio general que también penetra en las reglas del enriquecimiento concretamente en la —*Leistungskondiktion*—, quizá equivocadamente, porque aquél que tiene la posibilidad de elegir a la otra parte en el contrato, allí debe buscar también la seguridad frente al riesgo que sería su facultad correlativa. Invoca este autor el proverbio según el que «donde has puesto tu confianza, allí debes buscarla».

ACCIÓN DE REGRESO ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS «*Ausgleichung*».

La acción de regreso entre deudores solidarios se ordena en el BGB en su §426, de acuerdo con este precepto «Los deudores solidarios están obligados por partes iguales en su relación recíproca, en tanto no se determine otra cosa. Si no se obtiene la cuota que le corresponde a un deudor solidario, los demás deudores obligados en el regreso soporarán su falta. Siempre que un deudor solidario satisfaga al acreedor y pueda ejercitar el regreso frente a los restantes deudores, el crédito pasa a él. El tránsito no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor».

Es claro que de acuerdo con el mencionado precepto la acción de regreso, como tal, es la adecuada en la relación interna entre deudores solidarios. No obstante y teniendo en cuenta este precepto se han planteado problemas en el derecho alemán en el caso en que o bien el acuerdo contractual de solidaridad era nulo o bien no existía en el sentido de ser una falsa solidaridad. En estos casos los tribunales alemanes han utilizado las normas de la gestión de negocios ajenos. Es decir, siendo nulo el acuerdo en virtud del cual los deudores pactaron la soli-

(77) NJW 1978, pp. 48 y ss. En sentido parecido *vid.* AG Krefeld, sentencia de 5-4-1978 en NJW 1979 pp. 722 y ss.; LG Stuttgart 7-1-1972 en VersR 1973, p. 517 y ss.

(78) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *ob. cit.*, p. 240.

(79) *Ob. cit.*, pp. 400-401.

daridad, habiendo cumplido uno de ellos la prestación frente al acreedor y no pudiendo actuar el regreso en virtud de la solidaridad, podrá pedir el reembolso del resto de los codeudores con base en las normas de la gestión. HELM (80) aclara a este respecto que sólo pueden entrar en consideración las normas de la gestión de negocios cuando no exista ninguna otra regla de regreso en la relación interna entre los deudores.

Existe un caso, si bien antiguo muy famoso, denominado el caso de la torre de la catedral de «Fuldaer» (81). Dicha torre se incendió por culpa de unos artificieros al manipular los fuegos artificiales. El Estado reconstruye la torre en razón de la existencia de la residencia episcopal pagando los costes en virtud de su deber jurídico-público. Posteriormente reclama de los artificieros la restitución de los gastos en razón al negocio ajeno gestionado. El Tribunal decidió en este sentido.

Otro caso similar fue el de la sentencia del BGH de 2-5-1963 (82). En este caso el contratista y el arquitecto llegan a un acuerdo con el propietario que causó culposamente los daños, decidiendo también el Tribunal en razón de la gestión de negocios ajenos. Respecto del arquitecto señala el Tribunal que en la compensación de los daños el arquitecto gestiona un negocio del contratista teniendo aplicación el §683 BGB.

En todos estos casos de compensación la doctrina alemana señala como vías de aplicación, en ningún caso la gestión sino bien el derecho de daños o el enriquecimiento. En la doctrina hoy es casi una opinión generalizada, que la gestión de negocios se elimine como instrumento de regreso (83). Pero una vez más los tribunales no coinciden con la doctrina, prefieren aplicar en estos casos y en otros el derecho de gestión antes que por ejemplo el derecho de enriquecimiento.

No obstante a veces no se acude a las normas de la gestión. Por ejemplo éste fue el supuesto de la sentencia de 4-7-1963 (84). Con fecha 24-4-1959 los demandados y el titular de la empresa K firmaron un formulario de pedido y solicitud de un préstamo a la demandante, todo ello en el mismo folio. En la hoja de pedido declaraban los firmantes que los demandados habían solicitado de la firma K distintos enseres mobiliarios por un total de 6816 DM., pagando a cuenta 1216 DM., K expide recibo de la señal y realiza el envío del pedido. Con la solicitud

(80) *Ob. cit.*, p. 355.

(81) RG 82, 206.

(82) NJW 63, 1401. *Vid.* también SCHMALZL MDR 64, 362. *Vid.* también BGH 42, 227 y RAISCH JZ 65, 703.

(83) *Vid.* SELB, *Schadensbegriff und Regressmethoden* 1963, 31; NJW 63, 2056; SOERGEL-ZENNER BGB-Komm. §843; HERMANN LANGE, *Schadensersatz*, 1979; FROTZ JZ 64, 665; ESSER-WÉYERS, *ob. cit.*, p. 401; STAND-WITTMANN, §677.

(84) NJW 1963, 2067.

de préstamo se propone, a modo de recomendación, por parte de la demandante a los firmantes la cancelación del resto del préstamo para la compra, por valor de 5600 DM. La demandante abona el préstamo relacionado en la solicitud a la orden de la firma K. Esta no entregó los objetos relacionados en la hoja de pedido y tampoco lo hizo más tarde. La demandante pidió a los demandados el reembolso del préstamo más 550 DM. por los gastos del crédito así como los gastos del requerimiento, alegando que K y los demandados sólo habían simulado una compra a plazos. En realidad habían cubierto con el dinero del préstamo una reclamación negocial de la firma K frente a GmbH, que entonces era gestor de los demandados. La demandante ha obtenido frente a los demandados una orden de ejecución por 6150,60 DM. más los intereses, contra la que se ha interpuesto reclamación. El LG mantuvo la orden de ejecución y condenó a los demandados solidariamente al pago del citado importe. En la apelación pagó la firma K lo demandado más los intereses y las costas a la demandante. Esta cedió sus derechos en la orden de ejecución. En consecuencia la demandante pidió que se condenase a los demandados al pago a la firma K. El OLG rechazó la apelación de los demandados con la reserva de que la firma K había pagado. La revisión de los demandados conduce a la casación y devolución. Todo ello apoyándose en que los demandados no habían hecho solicitud de préstamo para la financiación de la compra en las mencionadas circunstancias. sino para cubrir su obligación asumida en común de ...GmbH frente a la firma K. Se critica esta decisión (85) entendiéndose que podía haberse acudido al derecho de gestión sin mandato &683 en relación con el &670 BGB como posibilidad de actuación de regreso por parte de uno de los deudores solidarios frente al resto en el sentido del &426.2 BGB, una vez que se admite generalmente la posible gestión de un negocio propio y al mismo tiempo ajeno, sin embargo el tribunal no entró en esta argumentación.

LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS DEUDORES SOLIDARIOS EN NUESTRO DERECHO

Cumplida la prestación por uno de los deudores solidarios, éste tiene la acción o derecho de regreso contra los demás codeudores, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1.145 CC, según el cual el deudor que ha hecho el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno de éstos corresponda con los intereses del anticipo. El fundamento de la acción de regreso no se halla en el hecho de que el pagó lo haya realizado en interés y en ventaja de otro u otros, pues el que paga lo hace en su propio interés, es decir el mismo se libera con el pago, la liberación de los demás es una consecuencia objetiva.

(85) NJW 1963, 2067.

Señala DIEZ-PICAZO (86) que no puede decirse que el deudor que paga, lo haga en cumplimiento de un mandato de sus codeudores, ni como representante de ellos, y que tampoco «hay gestión de asuntos ajenos sin mandato, pues no es preciso un específico *animus alieni negotii gerendum*, ni un *utiliter coeptum* para ejercitar la acción de regreso, como se requeriría si el actor fuera un gestor de negocios». No hay gestión de negocios ajenos cuando uno de los deudores solidarios realiza el pago, puesto que realizando el pago cumple con su prestación en función de la relación contractual existente. La acción de regreso la tiene el deudor en función del art. 1.145 CC. en virtud de la solidaridad existente entre los deudores. Es decir la acción de regreso nace en virtud de la solidaridad. En este sentido puede plantearse en nuestro Ordenamiento de la misma manera que en el derecho alemán, que ocurre cuando el acuerdo de solidaridad es nulo. Si no hay solidaridad, evidentemente no podemos fundamentar en ella la acción de regreso, que como tal no puede existir. Vimos que los tribunales alemanes en ocasiones reconducen la restitución por parte del resto de los codeudores por la vía de la gestión de negocios ajenos, en el sentido de que el deudor que realiza el pago gestiona un negocio propio y al mismo tiempo ajeno para el resto de los codeudores, al no poder fundamentar el pago en dicha solidaridad y por consiguiente no tener la acción prevista también en el BGB (§426), de regreso, frente al resto de los codeudores.

No obstante lo anterior si mantenemos, como señala DIEZ-PICAZO (87), que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en los principios que vedan el enriquecimiento sin causa, en el sentido de que si el deudor que ha pagado no pudiera dirigirse contra sus codeudores, estos últimos experimentarían un enriquecimiento injusto. Si bien señala el citado autor respecto de la acción de regreso que ésta no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre un carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base en aquel principio.

Nosotros en páginas anteriores hemos puesto en cuestión la subsidiariedad de este tipo de acciones. Si se parte de la no subsidiariedad de la acción quizá lo que exista es un concurso de pretensiones, que bien podría fundamentarse en derecho de gestión o enriquecimiento.

En nuestro Derecho, sabemos que el pago del tercero tiene su régimen específico en los arts. 1.158 y 1.210 CC. La doctrina mayoritaria entiende que la acción de reembolso es la general y se produce en todos aquellos casos en que el *solvens* no ha actuado al pagar en contra

(86) *Fundamentos II, ob. cit.*, p. 214.

(87) *Ibidem.*

de la voluntad del deudor (art. 1.158.1), mientras que la acción de enriquecimiento procede en los supuestos de pago hecho contra la voluntad expresada por el deudor (88).

Según esta doctrina, el pago por cuenta de otro abarcaría tanto el pago realizado con aprobación del deudor como el pago realizado ignorándolo éste (89). Por tanto se entiende que el único supuesto en que el Código excluye la acción de reembolso es el recogido en el par. II del art. 1.158, el pago efectuado contra la expresa voluntad del deudor (90).

Frente a esta doctrina mayoritaria, SERRA CALLEJO (91) entiende que el tercero que paga con aprobación del deudor posee una acción de reembolso inmune a las excepciones derivadas de las relaciones entre acreedor y deudor, mientras que el *solvens* que obra ya sea con desconocimiento o contra la expresa voluntad del obligado sólo cuenta con una acción de repetición de la utilidad obtenida por el deudor.

Desde luego la opinión de este autor no se apoya en la literalidad del Código, aunque precisamente critica que la opinión doctrinal mayoritaria parece ajustarse al tenor literal de la ley, pero no tiene en ella un apoyo indiscutible. Sin duda el art. 1.158 III CC hace una expresa referencia al supuesto en el que el *solvens* paga contra la expresa voluntad del deudor para concederle una acción de repetición en lo que le hubiera sido útil el pago, referencia indubitada a ese caso y no a otro. La literalidad del Código diferenciando este supuesto de aquéllos en los que el *solvens* paga conociéndolo o ignorándolo el deudor es manifiesta, lo que no significa que entre los dos supuestos citados no exista diferencia alguna. Aunque pudiera ser, como le parece al autor de referencia, que ello pugne con la equidad y con la filosofía que inspira en el Código la institución del pago de tercero. Argumenta que la solución

(88) No obstante algún autor (*vid.* LALAGUNA, *Nueva Enciclopedia Jurídica* Scix, T. XVIII, voz «Pago»), entiende que sólo corresponde al *solvens* que paga ignorándolo el deudor la acción de repetición de la utilidad obtenida por éste. Reduciendo la acción de reembolso sólo al supuesto en el que el deudor autorizó la intervención del *solvens*. Para el estudio del pago del tercero *vid.* por todos HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*. Barcelona 1983.

(89) DíEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, *ob. cit.*, p. 486-487.; BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XVI, vol. I, Madrid 1980, pp. 27, 30 y ss. entre otros.

(90) Por virtud de esta acción de reembolso el *solvens* puede reclamar del deudor lo que él haya pagado, el equivalente exacto. Es un crédito enteramente nuevo, no se ve reforzado por tanto de los accesorios y garantías. Se entiende generalmente que el deudor no puede ejercitar excepciones relativas al crédito satisfecho, por ej. el tiempo para la prescripción del crédito satisfecho entre el momento en que nació el derecho y el momento posterior al pago. No obstante BERCOVITZ (*ob. cit.*, p. 29 y ss.) entiende que el tercero puede reclamar todo lo que hubiese pagado correctamente, sin mediar culpa por su parte y que por tanto si pagó más de lo que debía por su culpa no podrá reclamarlo.

(91) Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *La Ley*, 1991-2, p. 1082 y ss. (p. 1089).

dada por la doctrina es injusta pues al amparo de ella cualquiera puede inmiscuirse en una relación obligatoria ajena y satisfacer un derecho de crédito a espaldas del deudor. Ciertamente la admisión por el Código del pago de tercero ignorándolo el deudor supone la admisión de la intervención de este tercero en la esfera ajena, precisamente la del deudor. Por otra parte como venimos señalando nuestro Ordenamiento admite la gestión de negocios ajenos por lo que se halla en la línea de los ordenamientos en los que se admite la intromisión, si bien con un inicio útil, en la esfera ajena. Por otra parte señala SERRA que una concepción tal favorece maquinaciones fraudulentas que pueden burlar los medios de defensa del deudor así como actuaciones culposas quizá de un tercero bien intencionado pero torpe. No obstante, cabe señalar que para ello existen las acciones típicas generales, que no tienen porqué estar recogidas en cada institución. Por último entiende este autor que en nuestro Código se detecta una línea de pensamiento tendente a circunscribir la acción de quien obra en la esfera jurídica de otra persona sin conocimiento de ésta a la reclamación del provecho obtenido por el sujeto afectado. Acudiendo en este sentido a los preceptos relativos a la fianza, mandato o gestión de negocios ajenos. Argumentando por último que la expresión por cuenta de otro admite dos lecturas: una primera como indicativa de una voluntad del solvens para producir efectos en la esfera jurídica ajena (sería la que sirve de apoyo a la doctrina mayoritaria) y una segunda de la voluntad del deudor en el sentido de «encargo de». Frente a todo ello cabe señalar con DIEZ-PICAZO (92), que lo que el autor citado defiende sería el régimen aplicable si el Código precisamente no contuviera preceptos especiales, que para nosotros, son casos de mandato o de fianza.

Respecto de la gestión de negocios SERRA señala como argumento para su tesis que el pago hecho por tercero no es más que un ejemplo concreto de dicha gestión. Realmente el pago hecho por tercero es una manifestación de la gestión de negocios ajenos, pero ello no conduce bajo nuestro punto de vista a que el pago hecho con ignorancia del deudor o en contra de su voluntad tenga un mismo régimen en cuanto a la acción de repetición para el *solvens* solamente en la utilidad obtenida.

Puede mantenerse que el pago hecho por tercero es un supuesto de gestión de negocios pero no olvidemos que en la gestión de negocios surgen dos acciones. Para el gestor la indemnización de gastos, *actio noegotiorum contraria*, para el dominus la *actio noegotiorum gestio directa*. Podría sostenerse que el art. 1.158 es una manifestación de la gestión de negocios ajenos. No obstante de no entenderlo así, podrían ejercitarse alternativamente la acción de reembolso, considerada como equivalente exacto de la prestación, y la *actio noegotiorum gestio* en cualquiera de sus vertientes.

(92) *Fundamentos II, ob. cit.*, p. 487.

Entendemos con DIEZ-PICAZO que no parecen existir argumentos suficientes para negar que sea pago por cuenta del deudor también el que dicho deudor ignora. Si bien se ha señalado que una concepción que otorga ampliamente al tercero que paga un derecho de reembolso, favorece maquinaciones fraudulentas entre dicho tercero y el acreedor que pueden burlar los medios de defensa del deudor. Quizá una acción de gestión que fundamenta el art. 1.158 lo evitaría. Si el que pagó inició una gestión útil y presumimos esa voluntad de gestión para otro en el sentido del negocio objetivamente ajeno del derecho alemán, deberíamos concluir que en los supuestos de nulidad del acuerdo de solidaridad, que conduciría directamente al supuesto del pago hecho por tercero, la acción que corresponde al deudor que realizó el pago frente al resto de los deudores es la típica de gestión de negocios sin mandato.

El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 1984, fundamenta su solución en la línea que aquí venimos manteniendo. Los hechos que dieron lugar a la sentencia citada fueron los siguientes: Una S.A. de carácter familiar, demanda a los cónyuges A y B, determinada cantidad que correspondía en parte a cantidades tomadas por B de la caja social para sus atenciones personales y familiares y parte a pagos hechos a terceros por la sociedad actora por cuenta de los demandados. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia, no habiendo lugar posteriormente al recurso de casación.

Alegan los recurrentes que «en cuanto a los pagos que se dicen realizados por la Sociedad recurrida a terceros por cuenta de los recurrentes, —conocidos y aprobados tácitamente— por B se operó la subrogación en los derechos del acreedor a que tales normas aluden, con las consecuencias transmisivas del crédito en su plenitud ordenadas por el art. 1.212, sin otra variación que la persona del acreedor, con la posibilidad consiguiente de venir permitido oponer al subrogado —la prescripción extintiva que contempla el art. 1.267— sin otra variación que la persona del acreedor, con la posibilidad consiguiente de venir permitido oponer al subrogado —la prescripción extintiva que contempla el art. 1.267»—. Tal argumentación es considerada por el Tribunal Supremo improsperable, en los siguientes términos: «sin desconocer que la subrogación o pago con subrogación es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1.526 y ss. CC y admitiendo asimismo que tratándose de subrogación el tercero que actúa como *solvens* pasa a ocupar la posición del acreedor originario con la posibilidad de que se le puedan oponer las excepciones eficaces contra éste, tal modificación por cambio del sujeto activo, nuevo titular del crédito con su adinícula, que es el efecto ordinario en la hipótesis de cumplimiento realizado por un tercero ajeno a la relación obligatoria con aprobación del deudor (arts. 1.159 y 1.210, núm. 2), puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de

la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso a que se refiere el parrafo segundo del art. 1.158, ello además de que según autorizada opinión de la doctrina científica la titularidad de los derechos de reembolso y a la subrogación es cumulativa con el reconocimiento de opción en favor del sujeto, y en el supuesto debatido las circunstancias de toda índole, ya resaltadas, están proclamando que los pagos hechos por la Sociedad a cuenta de los recurrentes miraban únicamente el reembolso, como derivado de la gestión de negocios ajenos, pues las relaciones tan estrechas entre la empresa y el grupo familiar evidencian que los pagos se hicieron con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito por parte de la S.A.....» (93).

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y EL DERECHO DE DAÑOS: RESPONSABILIDAD

La especialidad de las normas de la gestión de negocios ajenos en el derecho alemán se pone de manifiesto fundamentalmente frente al derecho de enriquecimiento, por nuestra parte ya estudiado, y frente al derecho de daños.

Veremos inmediatamente supuestos resueltos por los tribunales alemanes con fundamento en el derecho de gestión de negocios ajenos, que según la doctrina científica pertenecerían posiblemente al campo del derecho de daños.

Los §§ 823 y ss. BGB contemplan el régimen de la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el § 823 I, está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno (94). Por su parte el § 823 II establece lo mismo pero con referencia al daño producido a otro violando una ley protectora. El patrimonio como tal, puede observarse, no se encuentra en el § 823 BGB. Estará tutelado, como señala ASUA GONZALEZ (95) cuando la lesión patrimonial sea una consecuencia ulterior derivada del daño a un derecho o bien jurídico protegido (daños patrimoniales secundarios). Por ello se habla de daños primariamente patrimoniales, porque el patrimonio resulta perjudicado sin la lesión a ninguno de los bienes jurídicos especificados. En cambio sí serán indemnizables los

(93) *Vid.* en el mismo sentido la S.T.S. de 16 de diciembre de 1985.

(94) Se incluyen dentro de la expresión «cualquier otro derecho ajeno» otros bienes jurídicos y derechos reales limitados, la posesión, el derecho al ejercicio de una actividad empresarial o los derechos de la personalidad.

(95) *La culpa in contrahendo*, Universidad del País Vasco 1989.

perjuicios exclusivamente «primariamente patrimoniales» si se han producido vulnerando una ley protectora (§ 23 II) o cuando exista una actuación dolosa (§ 26) pero no en los casos en los que haya intervenido negligencia.

Puede observarse que existen supuestos en los que no existe responsabilidad extracontractual derivada de los preceptos que el Código civil alemán dedica a este tipo de responsabilidad. Si el patrimonio resulta perjudicado sin lesión de ninguno de los bienes jurídicamente especificados, si no se ha vulnerado una ley protectora en cuyo caso si serían indemnizables los llamados daños primariamente patrimoniales o no ha habido actuación dolosa, no se podrá fundamentar la indemnización en los preceptos de la responsabilidad extracontractual. Existen por tanto supuestos que resultan de difícil encaje en esta sede y para los que los tribunales decididamente han optado por fundamentar sus decisiones en las normas de la gestión, entendiendo los daños como equivalentes de «gastos» para el gestor. Aunque como dice el prof. WEYERS (96) las normas de las dos figuras jurídicas pueden ser empleadas en casos aislados simultáneamente.

Respecto de nuestro Derecho debe tenerse en cuenta, como siempre, que no deben hacerse traslaciones directas de un ordenamiento a otro, pues son sistemas jurídicos distintos. El derecho de daños trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quién, por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia, causa daño a otro. Se trata de resolver el problema de la imputación del daño (97). A diferencia del derecho alemán la lesión de un derecho subjetivo no es un requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual. Siguiendo a PANTALEON (98) debe tomarse en consideración que la pretensión indemnizatoria no es un «subrogado» del derecho absoluto en su caso lesionado.

El sistema alemán de responsabilidad extracontractual es un sistema típico a diferencia del nuestro que es un sistema de «cláusula general», es decir, todo daño es indemnizable, salvo aquellos casos en los que el interés lesionado no es digno de protección, por ejemplo por ser ilícito o contrario a la moral social. Como señala el citado autor «en nuestro Derecho es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuricidad de la conducta del dañante y que dicha antijuricidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1.902 CC sería una norma secundaria) protectora del interés lesionado....Situación el centro de gravedad del supuesto de hecho del art. 1.902 CC en la conducta del responsable, y no en el daño, contradice la fun-

(96) *Ob. cit.*, p. 389-390.

(97) *Vid. Díez-PICAZO, Dos estudios... cit.*, p. 59.; DE ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto 1988.

(98) *Comentario del Código civil*. T. II, Ministerio de Justicia 1991, com. art. 1.902.

ción puramente resarcitoria del precepto: no se impone al dañante la obligación de indemnizar porque puede serle reprochado haber obrado antijurídicamente, y con el fin de que no vuelva a actuar así, sino porque, dado que el daño es objetivamente imputable a la conducta culpable de aquél, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez de el dañado».

Frente a las normas del enriquecimiento sostuvimos que el supuesto de hecho de la gestión excluye el enriquecimiento, mientras que entre las normas del enriquecimiento y el derecho de daños puede existir una concurrencia de normas, de manera que el actor podrá decidir en qué normas fundamenta su pretensión. La misma cuestión puede plantearse de forma similar entre las reglas de la gestión y el derecho de daños.

Al igual que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se realiza tomando en consideración la existencia de una obligación surgida de contrato para la primera, mientras que de forma diferente la responsabilidad extracontractual se origina por la violación del deber de no dañar a los demás, «*alterum non laedere*»; la distinción entre la responsabilidad derivada de la gestión de negocios ajenos sin mandato y la responsabilidad extracontractual surgiría desde el momento en que existiendo una verdadera gestión surge la obligación legal de la que deriva la responsabilidad entre *dominus* y gestor.

Todo ello no significa que no sea perfectamente posible que unos mismos hechos constituyan al mismo tiempo el supuesto normativo de ambos tipos de responsabilidad, es decir, puede pensarse que acaecido un hecho dañoso, éste pueda ser susceptible de conformar tanto el supuesto de hecho de las normas de gestión de negocios ajenos como el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual. Y no es impensable, a partir de la formulación tan amplia de cláusula general del art. 1.902 CC, que se puedan producir casos de concurrencia de normas, entre la gestión y las de responsabilidad extracontractual, al igual que se producen entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (99).

La posibilidad de concurrencia aparece claramente en los casos en que resulte infringido un deber de no causar daños fundado en dos causas diversas pero concurrentes. De un lado, en el supuesto del art. 1.893 II cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto el *dominus* deberá indemnizar los perjuicios sufridos por el gestor. De otro si una persona sufre daños en su intento de salvar la vida, la integridad o los bienes de otro de una situación de peligro cierto creada culpablemente por el posible responsable, el titular del

(99) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias» en prensa; PANTALEÓN, *Comentario del CC. cit.*, art. 1.902.

bien amenazado estará obligado a indemnizar al dañado junto al creador culpable de la situación de peligro, según lo dispuesto en el art. 20 I.2 CP y en el mencionado art. 1.893 Cc (100).

Una de las diferencias más importantes entre las normas de responsabilidad contractual y extracontractual, como es de todos sabido, es el plazo de prescripción de acciones, al igual que las primeras la prescripción de la acción de gestión es de 15 años frente a la prescripción de un año de la acción de responsabilidad extracontractual. MIQUEL (101) mantiene la tesis de una concurrencia de normas que fundamentan una única pretensión, si bien señala este autor que es difícil admitir una sola acción cuando existen dos diversos plazos de prescripción, argumentando que «En cualquier caso parece que debe elegirse en estos supuestos el plazo más breve si la finalidad de la ley que lo establece quedase frustrada de otro modo o el más largo en caso contrario. La existencia de una concurrencia plantea en toda su agudeza la necesidad de decidir la norma aplicable. En mi opinión existe un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión y se impone la necesidad de elegir en función de la finalidad de las normas» (102).

Veamos inmediatamente como se han planteado los supuestos a los que hemos hecho referencia en los tribunales alemanes, aunque no podamos realizar ningún tipo de comparación con decisiones tomadas

(100) Vid. en este sentido PANTALEÓN, *Comentario del CC, cit.*, p. 1986 incluyendo este supuesto como uno de los criterios de imputación objetiva. También PANTALEÓN, *Centenario del Código civil*, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», pp. 1561 y ss. p. 1576. Cita este autor la STS de 10 de marzo de 1983: Se estimó la pretensión indemnizatoria ejercitada en nombre de un menor de edad, que sufrió serias quemaduras al prenderse fuego sus ropas, cuando trataba de socorrer a un amigo suyo menor que él, cuyas ropas también habían comenzado a arder, arrojando a la calle un avión de aeromodelismo que se había incendiado al prenderse la mezcla de combustibles del mismo, cuando se amigo le acercó un mechero de gasolina encendido. El demandado y condenado ex art. 1.903 II CC fue el padre de este último, de nueve años de edad, que junto a su hermano de cuatro y la víctima, trataba de poner en marcha el avión de aeromodelismo, que su padre guardaba en su cobertizo, para iluminar el cual encendió el mechero.

Podríamos estar aquí en presencia de unos hechos que podrían fundamentar, al igual que en otro caso que comentaremos más adelante decidido por el BGH en Alemania, los supuestos de hecho de distintas normas, gestión de negocios y responsabilidad extracontractual.

(101) *Ob. cit.*

(102) De forma contraria PANTALEÓN, (*Comentario del CC, ob. cit.*, art. 1.902, p. 1978) señala que «no obstante su idéntica finalidad, puramente compensatoria o resarcitoria, las normas de responsabilidad contractual y las de responsabilidad extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas como lo prueba con toda claridad su diferente plazo de prescripción: comp. arts. 1.964 y 1.968.2 CC». El grupo de casos que después analiza este autor no plantea según el citado autor un supuesto de «concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión». Vid. CAVANILLAS y TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid 1992, en especial pp. 205 y ss.

por nuestro Tribunal Supremo en el que todavía no ha existido ningún caso que nos permita comparar o delimitar la gestión de negocios ajenos y el derecho de daños.

En el caso de la sentencia de 27 de noviembre de 1962 (BGH 38,270), los hechos fueron los siguientes: Por una carretera circulaban correctamente (culpa no probada) tres ciclistas de 10-11 años, a los que llamaremos *sujeto A* (no tiene importancia en el caso el número de sujetos), y un automovilista *sujeto B* que también circulaba correctamente. Dicho automovilista B se encuentra con A produciéndose una situación de peligro que B salva echándose a la cuneta y dándose de frente contra un árbol produciéndose los consiguientes daños materiales en el coche y daños corporales en su persona. El demandante B solicita de A la indemnización de daños basándose en el autosacrificio para A en las normas de la gestión de negocios ajenos.

Este caso ha sido muy tratado por la doctrina alemana (103), y también muy criticada la solución del Tribunal Supremo alemán con base en las normas de la gestión, concediendo al demandante la mitad de los gastos (daños).

El sujeto A, en su actuación no responsable (entiéndese sin culpa) origina a través de su comportamiento reglamentario una situación en la que el automovilista B puede evitar una lesión a A sólo a través de ponerse él mismo en peligro dirigiendo su coche a la cuneta. El mismo soporta unos considerables daños patrimoniales y quizá también daños corporales. Se excluye aquí la acción ilícita frente a A. Se plantea en realidad, si B por ésta razón puede pedir indemnización de los daños a A porque él con su maniobra ha realizado un negocio para A.

Señala LARENZ (104) como presupuesto en primer lugar, que la inminente lesión de A para B se presenta como un «suceso inevitable» en el sentido del & 7.2 StVG (105), que B sólo ha prestado el necesario cuidado y de ahí, en el supuesto de daños a otros, él no habría respondido. Se cuestiona también si es exigible a B ponerse en peligro a sí mismo, es decir el autosacrificio, de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos en estado de necesidad. Por consiguiente ¿es exigible para B soportar un daño en las cosas o insignificantes daños corporales si a A le amenaza un peligro para la vida o la salud? Si ello es así B cumple el deber jurídico de no lesionar a A, por lo que deberá soportar sus propios daños. Otra cuestión es si los inminentes daños e incluso los sucedidos a B se valoran menos que los que le podrían haber sucedido a A, pues entonces B habría actuado

(103) LARENZ, *Schuld...* cit., p. 357; DEUTSCH AcP 165, 193; ERMAN/HAUSS, *ob. cit.*, p. 2014; WEYERS, *ob. cit.*, p. 402; LANGE, JZ 63, 547; HAGEN, NJW 66, 1893; BOHMER, MDR 63, 184; BELEMANN, MDR 63, 186; CANARIS, JZ 63, 655; HELM, VersR 68, 209, 318, entre otros.

(104) *Ob. cit.*, p. 357.

(105) & 7 StVG (*Strassenverkehrsgesetz*) de 19 de diciembre de 1952.

más allá de lo que en realidad estaba obligado hacer. Para A quedan sus propios daños así como los intereses. Se le concede a B una pretensión de indemnización basada en las normas del cálculo de riesgos por una actividad en interés ajeno. La maniobra de desviación de B fue en esa medida tan peligrosa que queda a salvo el interés de A. Desde el punto de vista de una responsabilidad por culpa, no existe culpa y tampoco se llegaría desde el cómputo de los riesgos. El BGH limita la indemnización tomando en consideración que para ambos fue nexo causal el lugar peligroso, asimismo que la maniobra de desviación habría sido hecha también en el propio interés de B.

Quizá la particularidad del caso se halle en que el supuesto gestor B co-causante de la situación de peligro ha evitado las consecuencias para el otro. Desde este punto de vista una pretensión en toda la indemnización de los daños se entiende injusta (106).

Frente a lo anterior también se encuentra la opinión, fundamentada en los principios de la compensación de beneficios, de que los beneficiados han compensado en lo fundamental los daños del otro, en el sentido de daños propios que el otro habría padecido sin la maniobra de desvío (107).

Es fundamental el comentario de esta sentencia realizado por CANARIS (108), basándose este autor en el estado de necesidad para la valoración de los bienes jurídicos (género e importancia de los daños esperados) (109). Señala CANARIS que la solución no tiene especial dificultad en los casos que pueden calificarse como «estado de necesidad» dentro de los principios de la responsabilidad por culpa o de la responsabilidad por riesgo.

Los usuarios de la vía pública como tales usuarios y por el simple hecho de ser usuarios, contribuyen de alguna manera a la creación del riesgo. Si el conductor con su incorrecta circulación origina el estado de necesidad, él responde por culpa. No puede pedir la indemnización de los daños sufridos por la maniobra, porque el ha cumplido con su deber jurídico y las consecuencias no debe soportarlas un tercero. Si, al contrario, ha producido el otro culpablemente el estado de necesidad y el conductor realiza la maniobra se produce una adecuación causal con los daños y responde en virtud de los § 23 y ss. BGB. Si por cualquier razón por ejemplo porque en algún caso aislado excepcionalmente no

(106) En este sentido LARENZ, *ibidem.*; DEUTSCH AcP 165, 193.

(107) *Vid.* FRANK JZ 83, 740; ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 402.

(108) Jz. 63, 655.

(109) *Vid.* para el estudio desde el punto de vista del derecho penal JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. 1, Barcelona 1981, pp. 492 y ss. *Vid.* también LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona 1990, en concreto el capítulo dedicado al estudio de las indicaciones y los requisitos del estado de necesidad y el problema de la ponderación de intereses.

exista dicha adecuación, no se aplica el § 23, se afirma la obligación de indemnizar con fundamento en el § 28.2 BGB. Si ambos tuviesen la culpa en el origen de la situación del estado de necesidad, se reduce la pretensión respectivamente en la medida del § 254 BGB.

Dificultades jurídicamente importantes surgen en los casos que no pueden calificarse de estado de necesidad. Ello puede ocurrir cuando los interesados han conducido correctamente, o si un tercero ha originado la situación de peligro (riesgo), no existiendo culpabilidad. Se plantean distintas cuestiones: —si el conductor puede pedir indemnización y en qué medida; — si para salvar al otro usuario de la vía pública acepta los propios daños; —si en el caso contrario, que hubiese atropellado al otro, el conductor tendría la obligación de indemnizar los daños producidos.

CANARIS plantea las características del estado de necesidad en los siguientes términos: Es indispensable que uno de los bienes jurídicos en peligro se lesione para que se produzca el estado de necesidad. Señala que el ordenamiento jurídico alemán conoce y considera para el estado de necesidad esencialmente tres formas distintas: «Supralegal estado de necesidad» («*Übergesetzlichen Notstand*») en el sentido de que un bien jurídico de valor inferior debe ser lesionado para salvar otro de valor superior. «Estado de necesidad para la vida y Estado de necesidad para el cuerpo» («*Lebens*» — und «*Leibesnotstand*», en el sentido del § 54 StGB) y finalmente «*Defensiv*» y «*Agresivnotstand*», en el sentido de los §§ 228 y 904 BGB (110). Se plantean así por el citado autor todas las hipótesis imaginables que se mostrarían también en el caso examinado y como el estado de necesidad actúa como valor fundamental en el ordenamiento jurídico (111).

(110) De acuerdo con el § 228 quien deteriora o destruye una cosa ajena para apartar de sí mismo o de otro un riesgo originado por dicha cosa, no actúa antijurídicamente si el deterioro o la destrucción son necesarios para el alejamiento del riesgo, y el daño no es desproporcionado con el riesgo. Si el agente ha causado con culpa el riesgo está obligado a la indemnización del daño.

De acuerdo con el § 904 el propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la intromisión de otro en la cosa, si dicha intromisión es necesaria para evitar un riesgo actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente mayor en relación con el daño causado al propietario por la intromisión. El propietario puede exigir la indemnización de los daños que se le han causado.

(111) De acuerdo con todo esto se diferencia:

a) Si peligrase con la maniobra un bien jurídico de alto valor, entonces ¿el conductor debería también poner en juego su vida mientras a los chicos sólo les amenazase una lesión corporal? En ese caso estaría justificada la mencionada lesión en el cuerpo. El ordenamiento jurídico aprueba la lesión del bien de menor valor y también desde el derecho civil, de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos. Desde luego en el caso que estudiamos se ha procedido como un atípico «supralegal estado de necesidad» cuando no ha tenido lugar una intervención en la esfera jurídica ajena, sino que la lesión ha sido originada por la misma situación de peligro.

El análisis del estado de necesidad lleva a CANARIS al planteamiento de la indemnización de los daños precisamente desde el punto de vista del estado de necesidad. Señala este autor que civilmente las consecuencias del estado de necesidad están reguladas por ahora defectuosamente en la ley. Defiende este autor la necesidad de diferenciar entre los casos de «Justificación del estado de necesidad» (112) y

b) Podríamos estar en un supuesto en el que se enfrenten bienes jurídicos del mismo valor. El conductor puede pensar en sus propios costes o en los del otro, lo que conduciría otra vez a los principios generales del estado de necesidad. En cualquier caso si los bienes jurídicos enfrentados son del mismo valor, no tiene justificación posible el elegir uno u otro en concepto de lesión o de daños, luego no está justificada la lesión de uno de los dos. Para ello existen dos alternativas distintas: o bien el conductor cree que puede evitar los daños —entonces la actuación es culpable—; o bien el conductor prevé totalmente la situación y elige la lesión del otro, entonces se cuestiona la responsabilidad por dolo. En los casos de estado de necesidad es necesario determinar si se puso el suficiente cuidado y si hubo la actuación dolosa, cuestiones que serán esenciales para la valoración de la particular situación forzosa de los actuantes. Se han dado varias respuestas. Algunos autores quieren ver en estos casos una posible aplicación analógica del § 54 StGB de forma que estaríamos en presencia de una actuación culposa y por consiguiente se excluiría la responsabilidad hacia los §§ 23 y ss. BGB. Señala CANARIS que, no obstante el concepto de culpabilidad, los caminos del Derecho civil y del Derecho penal son totalmente diferentes, por ejemplo la contradicción en los criterios objetivos de la culpa según la opinión mayoritaria en derecho civil y los subjetivos propios del derecho penal. Falta en el supuesto para la aplicación de la citada norma del derecho penal, la misma razón jurídica que lo fundamente, en particular se cuestiona si a consecuencia de una particular situación psicológica a la persona no se le sancionase por ello ¿también quedaría cerrada la responsabilidad por culpa del derecho civil? Los hechos, en el caso, son sin discusión disculpables, independientemente de si en el caso aislado realmente el conductor no podía hacer otra cosa que cometer el acto o si objetivamente no le fue exigible otro comportamiento. Por ello se niega la analogía con el § 54 StGB.

Señala también el citado autor que todavía no se ha dicho que en los casos de estado de necesidad se debería responder en virtud de los §§ 23 y ss. BGB. Se deben soportar pequeños daños en la salud si esa es la única posibilidad para la salvación de la vida del otro. Realmente un peligro para la vida propia o para el cuerpo excluye la culpa y no debe responderse en virtud de los §§ 23 y ss. BGB.

c) Otro supuesto sería si el conductor sólo ha aceptado daños en las cosas, mientras para el otro existe una amenaza en su vida o en el cuerpo. Aquí no existe justificación de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos y una lesión para el otro sería antijurídica y culpable. El ordenamiento jurídico permite los daños en las cosas o en la propiedad cuando sea el único medio de protección de un bien jurídico mayor. Todo ello se deduciría de los §§ 228 y 904 BGB. Si el propietario en semejantes casos debe soportar la intervención de un tercero, también se le puede exigir que el mismo lesione su propiedad si con ello impide un peligro. Por ello el conductor en la lesión del otro tendría una pretensión de indemnización de los daños en virtud de los §§ 23 y ss. BGB.

(112) En el BGB aparecen dos supuestos de «Justificación del estado de necesidad» en los §§ 228 y 904. Sólo se comprenden las intromisiones en los bienes, no están comprendidos los bienes personales como la libertad o la salud, respecto de los cuales se tomaría en consideración una lesión de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos. Respecto de los daños, para unos, por analogía con el

los de «Excusabilidad del estado de necesidad» (113).

El fundamento de la solución en el caso estudiado lo encuentra el Tribunal Supremo Federal en las normas de la gestión. Como sabemos, una pretensión basada en la gestión de negocios ajenos supone de entrada la gestión «para otro». A partir de ahí, se suceden las dificultades en el presente caso pues debe valorarse la gestión de un negocio «ajeno» (114). Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, no siempre es fácil delimitar la frontera entre el negocio propio y el negocio ajeno, tampoco es fácil fundamentar una acción por omisión del gestor, y por último tampoco es claro si existe una voluntad del gestor de gestionar para otro. Todo ello para poder desentrañar si se le reconoce al gestor una posible pretensión de indemnización de los daños, entendidos como gastos en su propio círculo jurídico. Si en el supuesto no existe una actuación de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus*, y efectivamente entendemos que ha habido un enriquecimiento para él, entendido como un ahorro de gastos podría pensarse en una acción de enriquecimiento. Si existió la mencionada actuación en interés del *dominus* se estaría en el supuesto del §683, como un mandatario el gestor podría exigir indemnización de sus gastos. La doctrina critica esta decisión del BGB con base en el derecho de gestión, sobre todo en función de que es muy difícil pensar realmente en un caso de gestión de negocios ajenos.

§904, los que actúan estarían obligados a indemnizar todos los daños, mientras que para otros sólo se les otorgaría una pretensión cuando la situación del caso aislado fuese conforme a la equidad. Debe observarse que la labor judicial en su función de concreción de los principios generales del Derecho no puede convertirse en una coartada para una pura jurisprudencia de equidad.

Debe analizarse la distinta valoración que la ley hace por ejemplo entre los §228 y 904. En el caso del §904 el deterioro de la cosa tiene su origen en una situación de peligro ajena, mientras que en el §228 el que actúa destruyendo o deteriorando la cosa ajena lo hace para apartar de sí o de otro un riesgo. Sólo en el primer caso la ley concede una pretensión absoluta de indemnización. Se entiende a partir del §904 que si el titular de los bienes (en su extensión a la salud, etc...) soporta una intromisión tiene una pretensión de indemnización frente al beneficiado. Frente a esto, otros señalan que si el lesionado ha contribuido a través de su actuación al origen del estado de necesidad, se aplicaría el §228 por lo que una pretensión de compensación se negaría ya que ambos han contribuido a la creación de la situación de peligro y ninguno debe soportar los daños. Desde un punto de vista de equidad se considera la posibilidad de la división de los daños pero no se da una firme fundamentación jurídica. En el caso analizado al no existir culpa en el origen de la situación de peligro se eliminaría también la posibilidad de indemnización desde el específico punto de vista del estado de necesidad.

(113) Se señala que el lesionado, a partir de la aplicación analógica del §904, puede pedir indemnización de los daños en razón a argumentos *a fortiori*, siempre que el fuese ajeno a la creación del estado de necesidad. Si ha contribuido al peligro con su actuación, tendría junto con el otro una pretensión de indemnización de acuerdo con el §228 BGB, si existe culpa, o bien si se dan los presupuestos del §829 BGB.

(114) Señala WEYERS, *ob. cit.*, p. 402, comentando esta sentencia, que la sucesión de accidentes y la evitación se realiza para el propio conductor, no puede hablarse de un negocio ajeno. Este caso podría conducirse por medio de la valoración de la responsabilidad civil, no en consideración a la equidad.

Las conclusiones a las que llega CANARIS, en este caso tomando en consideración la situación de estado de necesidad, son dignas de mención. En primer lugar si uno de los dos usuarios de la vía pública ha originado la situación de estado de necesidad y le es imputable de alguna manera conforme a los principios de la responsabilidad por culpa o la responsabilidad por riesgo, él responde por los daños producidos. Si elige sus propios daños para salvar a los otros, él no tiene pretensión de indemnización. En segundo lugar, si el origen de la situación de estado de necesidad no le es imputable a ninguno de los dos usuarios de la vía pública, desde el punto de vista de la razonabilidad hay que diferenciar de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos: —Si el conductor para salvar a otros de un peligro para la vida o el cuerpo lesiona sólo bienes de poco valor, en particular bienes en las cosas, responde por esta lesión de acuerdo con los §§ 23 y ss. BGB y § 7, 18 StVG. El no tiene una pretensión de sus propios daños (115); —Si el conductor ha tomado en consideración frente a un peligro bienes de igual o mayor valor, en particular para la vida o el cuerpo, él no responde. Para sus propios daños puede pedir una adecuada indemnización en la medida en que haya actuado para la salvación de iguales o más altos bienes jurídicos ajenos. La pretensión de indemnización estará limitada a la indemnización de los propios daños originados pero sólo de que aquéllos que se han originado precisamente para impedir que se produzcan los daños de los otros, nunca más allá de este cálculo.

Otros supuestos en los que se ha extendido también el derecho de gestión por parte de la Jurisprudencia han sido los casos de restitución de costes extraprocerales en supuestos de competencia desleal, por parte de las asociaciones para la protección de la competencia desleal hacia los asociados que por cualquier motivo se ven expuestos a estas cuestiones cara a terceros. Aquí se aplica el derecho de gestión (§ 683).

Es muy significativa la sentencia del BGH de 15 de octubre de 1969 (116). La demandante es una asociación que conforme a sus estatutos tenía por objeto exclusivamente la protección de los comerciantes, de la economía y de los consumidores frente a la competencia desleal. Los demandados dirigen un comercio al por menor de material fotográfico. Con fecha de 20 de mayo anuncian en un periódico un concurso fotográfico.

Con fecha de 22 de mayo los demandantes reclaman las condiciones de participación como anticompetitivas, ofreciendo a los demandados, bajo emplazamiento, la conclusión de un acuerdo en el que éstos aceptaran su responsabilidad bajo cláusula penal, en cuanto a que su

(115) Un caso especial sería el § 29 BGB.

(116) BGH 52, 393.

participación en el concurso no perseguiría la compra de ningún artículo o mercancía o cualquier tipo de prestaciones que pudieran hacerse a título oneroso. Con fecha de 24 de mayo contestan responsabilizando a la Agencia de publicidad por el anuncio reclamado. A partir de todo ello los demandantes delegan en un abogado para que procediese a un nuevo requerimiento. Con escrito de 29 de mayo prometen los demandados intentar la rectificación el día 30 de mayo.

Los demandantes solicitan la restitución de los costes derivados del encargo realizado al mencionado abogado (117).

El Tribunal Supremo alemán entiende que pueden ser reclamados la restitución de los costes en cuanto que la asociación actúa como gestor de negocios ajenos de los demandados por la actuación anticompetitiva al evitar en un futuro costosos conflictos jurídicos, tomando por base el §683 BGB.

Esta jurisprudencia es sumamente criticada por la doctrina alemana. MEDICUS (118) señala que frente a esta jurisprudencia es necesario ser excéptico. Se aplica el §683 BGB en un peligroso reparto en la compensación de cargas fundándose en razones de equidad. En consecuencia todas estas sentencias estarían apoyando a las asociaciones con el resultado de que pueden conseguir, honorarios por doquier. Por otra parte frente a cualquier abuso está previsto en el §13 de la Ley de competencia desleal (UWG) (119), que precisamente incorpora una restricción del abuso. Señala HAUSS (120) que aquí dominan los conocidos principios del derecho de daños, conduciendo todo ello a dudosos resultados de política jurídica (121).

El §13 de la Ley de competencia desleal (UWG) prevé directamente la pretensión de cesación y la pretensión de indemnización de los daños (*Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche*). No obstante debe pensarse que se dirige, bien a la prevención del daño, bien directamente frente al daño producido. En este último supuesto se podrá

(117) *Vid.* en sentido parecido la sentencia de 2 de marzo de 1973 (NJW 1973, 901). En este supuesto reclama también el demandante la restitución de los costes en diversos conceptos y los gastos originados por el abogado. Las partes en este proceso eran competidoras en el comercio de joyería. la cuestión se origina por la publicidad engañosa y contraria a la buena fe de pulseras de oro. *Vid.* también BGFH NJW 84, 1753, en el caso se decide sin fundamentación a favor de la asociación para la represión de la competencia desleal la restitución de los costes de los letrados, cuando la asistencia de letrado sólo sirve para intereses propios.

(118) *Bürgerliches Recht, cit.*, p. 237. *Vid.* también ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 404.

(119) *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley de competencia desleal).

(120) *Ob. cit.*, p. 2018.

(121) *Vid.* también HELM, *ob. cit.*, pp. 369 y 396; PALANDT-THOMAS & 683; Münchener-Kommentar-Seiler & 677; KURBIJHN NJW 70, 604; MELLULIS WRP 81, 357; PRELINGER NJW 82, 211; SCHIBEL BB 83, 2071, entre otros.

reclamar indemnización precisamente por los daños. Sin embargo en el caso expuesto y en otros similares pensemos que el daño aún no se ha producido y lo que se reclama son los costes para la evitación del daño que parecen no estar incluidos en esa posible pretensión de cesación.

En nuestro Ordenamiento es de todos conocida la Ley de competencia desleal de 10 de enero de 1991. En su art. 18, la ley prevé las distintas acciones que pueden derivarse de la competencia desleal. En su número 2 recoge la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica (acción por tanto análoga a la antes aludida *Unterlassungsansprüche*). En su número 5 recoge la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente, por tanto posible pretensión de indemnización de daños, evidentemente cuando éstos se produzcan. Por último por lo que nos interesa, en su número 6 recoge una acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico, que además sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

En un supuesto como en el estudiado en estas líneas, o bien entendemos que ya existe un daño originado en el momento del ejercicio de la acción de cesación y entonces ya estaremos en un supuesto de derecho de daños, o bien podría haber dado lugar a un acción de enriquecimiento en su caso. No constituyendo ni uno ni otra ¿existe alguna vía para la reclamación de los gastos ocasionados por la posible acción de cesación, anteriores a su ejercicio o si no llegó a ejercitarse? creemos que no, o por lo menos la ley no la prevé. Quizá ésta y no otra sea la razón de la utilización de las normas de la gestión de negocios ajenos en Alemania y en éste como en otros ámbitos su posible desbordamiento.

Por último cabe añadir que también se han utilizado las normas de la gestión de negocios ajenos para fundamentar la restitución de los gastos originados por las visitas a parientes próximos lesionados por causa de accidente. Este fue, entre otros (122), el caso de la sentencia de 21 de diciembre de 1978 (123). La esposa del demandante fue herida por una fuerte explosión de gas. El *Land* demandado reconoció su deber de indemnizar los daños. La lesión obligó a la lesionada a pasar un largo período de tiempo en un centro de rehabilitación en dicho *Land* «Z». Por la duración del tratamiento se trasladó el demandante con la hija común de ambos y su suegra de «B» a «Z». Previamente la mujer del demandante había solicitado del *Land* demandado amables

(122) Vid. también BGH VersR 61, 272; 64, 352.

(123) NJW 1979, 598.

explicaciones sobre si pagaría la totalidad de los gastos del traslado de su familia. El *Land* demandado lo rechazó.

Con la demanda, solicita el demandante la restitución de los costes del traslado y de la estancia para sí mismo, su hija y su suegra, alegando que el hecho de la visita de los familiares cercanos era indispensable para la recuperación de su esposa lesionada, por lo que evita mayores gastos en la curación de ésta. Se entiende que el demandante gestiona en este sentido un negocio del demandado.

Los casos en los que se ha fundamentado la pretensión de restitución de gastos a través de las normas de la gestión han sido duramente criticados por la doctrina alemana. HAUSS por ejemplo señala que es correcto que las decisiones en estos supuestos se fundamenten en el derecho de daños, como en el caso en el que el padre sufre la pérdida del beneficio de su trabajo por la visita realizada a su hijo ingresado en un hospital a consecuencia de un accidente (124). Señalando además que tal pretensión fundada en las normas de la gestión está en contra de toda razón (125). Una vez más puede comprobarse el desbordamiento de las normas de la gestión de negocios ajenos en los tribunales alemanes:

(124) BGH, VersR 85, 784.

(125) *Vid.* en el mismo sentido ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 404; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 233 y ss.; LARENZ, también totalmente en contra, *Schuldrecht II*, 1, *cit.* & 75.

El «levantamiento del velo jurídico»
en el ámbito de un mismo grupo de sociedades:
¿Un falso debate?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Doctor en Derecho
Universidad de Bologna
Prof. Tit. (i.) Derecho del Trabajo
Universidad de Jaén

«Cuentan los hombres dignos de fe (pero Alá sabe más) que en los primeros días hubo un rey de las islas de Babilonia que congregó a sus arquitectos y magos y les mandó construir un laberinto tan perplejo y sutil que los varones más prudentes no se aventuraban a entrar y los que entraban se perdían. Esa obra era un escándalo, porque la confusión y la maravilla son operaciones propias de Dios y no de los hombres».

J. L. BORGES. *Los dos reyes y los dos laberintos.*

«Nosotros, que hemos hecho el Universo y el espíritu desorbitados, nos reímos de esta amenaza. En un Cielo ebrio iluminamos los soles que queremos. Mas ello no impide que existan los límites y que lo sepamos».

A. CAMUS. *L'été.*

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. El problema hermenéutico de los grupos de sociedades como problema puesto a la Teoría General del Derecho: un «agujero negro» del «universo jurídico». 2. La individualización de la empresa con estructura compleja como nueva frontera del Derecho: El prisma privilegiado del iuslaboralista para ensayar una satisfactoria vía de salida. II. DIVERSIDAD DEL CONTENIDO NORMATIVO

DE LAS CATEGORIAS DOGMATICAS Y NUEVAS EXIGENCIAS DE REGULACION: LA PERSONA JURIDICA COMO UN PROBLEMA INTERPRETATIVO SIEMPRE ABIERTO. 1. El unitario sentido evolutivo de los modernos itinerarios doctrinales y legales de una forma permanentemente adaptada en sus «funciones» y «disfunciones» a las nuevas realidades: la persona jurídica ¿una persona vulnerable? 1.1. «Desautorización» legislativa de la concepción esencialista y actualidad de un concepto de contenido variable: La mutación del paradigma de la persona jurídica. 1.2. La nueva «seriedad» de la persona jurídica: restauración de la profundidad de sus significados históricos como problema eminentemente práctico. 2. Una nueva estación de «inmidades» y privilegios: La incorporación del sistema de la persona jurídica a las nuevas formas de empresa como vehículo de normalización de la anomalía en el ordenamiento. 2.1. La contradicción entre la «observación legal» y la «realidad social» como principio organizativo de la empresa: la renovación de los presupuestos para una restauración del equilibrio normativo e institucional roto por la práctica económica. 2.2. Límites de la reconstrucción del Derecho de las nuevas formas organizativas de la empresa como un Derecho privilegiado: permanente autorreferencialidad del concepto de persona jurídica respecto al problema de organización de la empresa. III. EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» COMO CLAVE PARA LA COMPRESION JURIDICA DE LA EMPRESA DE GRUPO: LAS LECCIONES DE UN METODO «A SUPERAR». 1. Por una «toma en serio» en términos de positividad jurídica del «levantamiento del velo»: crítica de su tradicional configuración como exclusiva manifestación de un puro justicialismo de ocasión. 1.1. Irrenunciabilidad de la idea de positividad: Las teorías del *lifting* como hipótesis emblemática de un nuevo ciclo complejo del proceso de positivización del Derecho. 1.2. La necesidad de conciliar garantías formales y valores sustanciales como imperativo de la positividad: El *lifting* como expresión del principio constitucional de efectividad de la tutela jurídica de una pluralidad de derechos e intereses legítimos. 2. Control del «uso instrumental» de las sociedades mercantiles y empresa de grupo: hipótesis y problemas. 2.1. La revitalización del «*piercing the veil*» como técnica de represión y de prevención frente a los usos instrumentales antijurídicos: «indicios mercantiles» e «indicios laborales» de la «tiranía social». 2.2. Paradojas de la preferencia judicial por un «uso laboral» del «levantamiento del velo» respecto de los mecanismos específicos de control de la interposición: el fraude como norma de cierre del Derecho del Trabajo. 3. Por una recuperación y desarrollo evolutivo de la olvidada dimensión «fisiológica» del «*lifting*»: De la cláusula del «abuso» al «principio de transparencia» de las formas jurídicas como opción de método para la disciplina de la empresa de grupo. 4. La insuficiencia a pesar de todo del «*lifting*» como clave de lectura de la actual complejidad social y normativa de las nuevas formas de empresa: *Más Allá De La Persona Jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DE LOS «GRUPO DE SOCIEDADES»: UN «AGUJERO NEGRO» DEL «UNIVERSO» JURÍDICO.

Los «grupos de sociedades» constituyen la unidad elemental de los actuales sistemas económicos, tanto en el sector productivo como en aquel financiero (1). Tanto es así que, lo que todavía hoy acostumbramos a denominar, según una categoría conceptual que resulta meramente convencional, «gran empresa», se manifiesta realmente desde hace ya largo tiempo en forma de grupo. Ahora bien, este paso de la empresa social autónoma y plenamente soberana a la empresa con estructura de grupo (*empresa colectiva articulada*) que implica la relatividad de la autonomía societaria y la limitación de su soberanía formal tradicional, no conlleva implicaciones meramente formales sino que, al contrario, impulsa dinámicas cualitativas, de tal entidad que, la nueva estación de incisivas reformas que induce en la organización de la empresa, somete a una difícil prueba de resistencia a los más experimentados escenarios de las disciplinas económicas y jurídicas. En este sentido, y aunque la forma de grupo no constituye una innovación organizativa reciente, antes al contrario, debe enumerarse entre las técnicas organizativas más experimentadas e histórica y culturalmente datadas (2), lo cierto es que, en los últimos tiempos, se ha generalizado el recurso a esta solución jurídica y organizativa de grupo, hasta el punto de adquirir una creciente prevalencia, e incluso hegemonía, como nuevo modelo jurídico de estructura organizativa de la actividad de empresa, auténtico «sujeto económico» y «socio-político» protagonista principal de las grandes transformaciones económicas, productivas, tecnológicas, organizativas y financieras del sistema, y de las cuales se registraría en nuestros días una aceleración e intensificación (3).

(1) Se acoge en este momento inicial la formulación más tradicional, al objeto de una precisa y pronta identificación del tema de investigación, aunque no se ignora que existen diversas opiniones respecto a la corrección de esta locución: unos, particularmente los iusmercantilistas, hablan de «grupos de sociedades», por su parte, los iuslaboralistas suelen preferir la expresión «grupos de empresas», y otros hablan ya directamente de «empresa con estructura de grupo» o «empresa colectiva articulada», recogiendo en una misma expresión la especificidad de esta nueva forma organizativa: la unidad plúrima o múltiple. Esta última locución es la que, pues, nosotros estimamos más acorde.

(2) Cfrs. en este sentido G. SCHIANO DI PEPE. *Il gruppo di imprese*. Quadern giur. comm. n. 112. Giuffrè. Milano. p. 1.

(3) Incluso la compleja fenomenología que hoy subyace a la categoría de «empresa menor» tiende a adoptar estructuras y estrategias orientadas a formas subjetivamente complejas. vid. IRER. *L'innovazione organizzativa nell'industria minore. Lo sviluppo per gruppo industriale*. F. Angeli, 1988. partic. pp. 11-12.

En cualquier caso, la problemática de la «*forma-grupo*» adquirida por la empresa moderna se coloca en el mismo centro de la atención de los más variados estudiosos, observadores e incluso autoridades públicas a consecuencia de la extraordinaria incidencia que los grupos han asumido en la vida de los diferentes países, incluido el nuestro, tal y como acreditan las más recientes convulsiones de nuestro sistema financiero y empresarial. Más en particular, de cara a las nuevas oleadas de adquisiciones —y escisiones— con las cuales los grandes grupos tratan de crecer y reforzarse, con enorme frecuencia, se plantea el problema de dilucidar cuándo, y en qué medida, son funcionales a la consecución de dimensiones competitivas adecuadas, en términos de economía de escala y de competitividad, para hacer frente a los nuevos escenarios internacionales, en una economía especialmente globalizada, («*fisiología*» del sistema) y cuándo tales operaciones se resuelven, en cambio, en la creación de inaceptables posiciones de poder y capacidades de condicionamiento del ambiente relacional, afectando incisivamente otros intereses igualmente legítimos implicados («*patología*» del sistema).

En consecuencia, se comprende fácilmente cómo, los grupos financieros y/o empresariales, suscitan un múltiple interés y son objeto de estudio desde una multiplicidad de ángulos visuales: desde la economía de la empresa (respecto a la evolución y a las condiciones de éxito de la empresa), desde la economía industrial (en relación al desarrollo de los procesos competenciales y de las estructuras del mercado), la política (respecto a la necesaria preocupación por promover, según el propio mandato constitucional, un desarrollo equilibrado de la economía), y, claro está, desde el prisma del sistema de Derecho, con objeto de adecuar permanentemente las normas a las exigencias de organización y tutela de los intereses en juego. Es obvio que es este último perfil el que nos va a ocupar especialmente, aunque desde una perspectiva particularmente limitada, sin perjuicio de reconocer que, una aproximación a este tema, exige un análisis interdisciplinar —tantas veces proclamado por el jurista y tan pocas veces practicado— para captar la densidad concreta de los problemas suscitados por este fenómeno.

Por tanto, una reflexión jurídica sobre los «grupos de sociedades» (y/o de empresas), reenvía inexorablemente a temas de más amplio alcance desde el punto de vista de la Teoría general del Derecho contemporáneo. El problema jurídico de los grupos nos conduce a una desconcertante encrucijada entre dos de los temas claves, y también más espinosos, de la Ciencia jurídica: el *problema interpretativo de la persona jurídica*, y más en general, del concepto de sujeto de Derecho, y el *problema interpretativo de la empresa*, es decir, el trágico dilema entre la concepción «formal» o concepción «realista» de la persona jurídica o entre el tradicional concepto subjetivo de empresa o, el más moderno, concepto objetivo o «socio-económico». La cuestión del Derecho y los Grupos, por tanto, llama directamente en causa el clásico problema de las relaciones entre Derecho y Economía, más particularmente, la relevancia del concepto de organización en el mundo jurídico. En

definitiva, la reflexión jurídica sobre los grupos reenvía al difícil y espinoso *problema del gobierno de la empresa*, ofreciendo una ocasión privilegiada para replantear el tema de las relaciones entre las diversas ramas del sistema de Derecho que tienen como centro de imputación primordialmente la empresa, su estructura y estrategia de organización y funcionamiento, y particularmente, *obliga a revisar sobre nuevas bases las tradicionales relaciones entre el Derecho societario, y más en general el Derecho mercantil, y el «nuevo» Derecho del trabajo, gestional y racionalizador.*

Ahora bien, la remisión al complejo problema del gobierno de la empresa no puede significar otra cosa que impulsar una reflexión sobre el más amplio problema de las actuales formas y principios de gobierno de la economía y del mercado por el Derecho, por lo que, en definitiva, es inevitable concluir que la cuestión de derecho suscitada por los grupos de sociedades, fenómeno ahora ya auténticamente jurídico, *pone un problema de teoría general del Derecho*, y sólo la adecuada conciencia de esta dimensión global permitirá encontrar una satisfactoria vía de salida al *impasse* en que en estos momentos se encuentra la reflexión metodológica sobre el Derecho positivo de los grupos, urgida hoy de un intenso movimiento de renovación. En efecto, tal es la densidad problemática que aglutina la multiforme fenomenología de los grupos, tal es la complejidad de reenvíos y tal es el número de encrucijadas en que coloca al jurista, dificultando extraordinariamente la posibilidad de proyectar un haz de luz —un principio de solución— para encontrar un camino más satisfactorio en orden a su disciplina jurídica, que bien podría configurarse —por recurrir nuevamente al lenguaje metafórico tan al uso en esta materia— como un auténtico y genuino *«agujero negro»* del *«universo jurídico»*, en el que la persistencia de múltiples incertidumbres, imprecisiones y paradojas sigue manteniendo el misterio que ha venido rodeando históricamente la *«realidad»* de los grupos de sociedades, pareciendo destinados a moverse permanentemente entre la *Ciencia jurídica —y el Derecho— «real»* —la que construye y racionaliza de manera directa y preferente los datos ofrecidos por las diversas fuentes de producción del Derecho— y la *Ciencia jurídica —y el Derecho— «ficción»* —la que se empeña en simplificar una realidad compleja, desconectando la reflexión del dato normativo y del dato empírico, hasta el punto de inventar, en realidad, una realidad distinta, que no existe, que no ha existido, y que quizás no exista nunca, suministrando falsas explicaciones sustancialistas o formalistas—.

Ciertamente, los grupos de sociedades, tienen la virtud de servir de punto de conexión y de canal conductor de una prácticamente indefinida variedad de *«galaxias»* y de *«pequeños universos»* tanto jurídicos como extrajurídicos. Así, en primer lugar, obligaría al jurista a moverse con una intensidad hasta ahora desconocida por la inmensidad e incertidumbre del universo económico —y empírico en general—, sometido a permanente innovación y cambio, puesto que sus aportaciones resultan indispensables para captar el espesor concreto de los proble-

mas suscitados por los grupos, evitando la tradicional acusación de atrincherarse obstinadamente en un «subuniverso» impenetrable. Pero además, y sobre todo, en segundo lugar, le impulsa a *enfrentarse a nuevos y originales usos de clásicos, pero hoy actualísimos, instrumentos jurídicos*, como son el contrato y la persona jurídica societaria, así como el principio propietario, entendido no tanto en el más limitado y tradicional sentido como derecho de propiedad sino en la más amplia y acepción de principio fundamental de organización del sistema social, renovado o transformado profundamente en esta función pero no por ello «superado». Precisamente, la especificidad y la complejidad de estos nuevos usos está, continuando con la metáfora del «agujero negro», en la capacidad de la empresa de grupo de «reciclar» o transformar los elementos que en ella penetran, de modo que, el artificio de grupo, sirve para mutar la forma jurídica contractual en formas extracontractuales —tornando las relaciones formalmente de intercambio en situaciones de desplazamiento o distribución de recursos en el seno de un mismo ámbito organizativo— y la forma jurídica societaria en posiciones extrasocietarias, como nueva técnica de gestión y nuevo modelo de organización indirecta de la actividad de empresa, permitiendo el acceso del orden económico —nuevo Derecho creado en vía de hecho— en el orden jurídico vigente y preconstituido.

En lógica consecuencia derivada de esta función de morfogénesis jurídica que, en cuanto alteración del equilibrio precedente, como luego veremos brevemente, es necesariamente anómala y necesariamente recurre al medio de la «ilusión» o del «espejismo» de la juridicidad, aunque cumple una función útil para el desarrollo de las fuerzas productivas, el jurista, que no se limita a una mera función notarial de lo que sucede en la realidad, canonizando sin más la realidad económica como realidad jurídica, debe batirse nuevamente, y desde principios y valores ahora profundamente mutados, no sólo en la vida social sino, y lo que es más importante para la observación jurídica, en el sistema normativo, con problemas de política jurídica de un radio de acción extraordinariamente amplio: las relaciones entre «forma» y contenido de los conceptos jurídicos, relaciones entre la ley y la justicia material, las relaciones entre la libertad —ética de la voluntad— y la (auto)responsabilidad por las decisiones —ética de la responsabilidad—, relaciones entre tutela de la «persona» y tutela organizativa del «mercado», etc... (4). No puede sorprender, pues, desde esta perspectiva, que, y emerge de nuevo el *simil de los «agujeros negros»*, la cuestión de derecho puesta por los grupos constituya un ámbito particularmente privilegiado para reflexionar sobre el sentido evolutivo del entero sistema de Derecho contemporáneo en general, y del Derecho privado en particular, sumi-

(4) *Cfrs.* desde una perspectiva general P. BARCELLONA. «Scenario dei mutamenti e strategie in azione». *Democrazia e Diritto*. 1988-1.

nistrando importantes elementos de análisis y de comprensión sobre la estructura diversificada y la función transaccional y organizativa —racionalidad funcional e instrumental— adquiridas por los Ordenamientos positivos en la época más reciente. Ahora bien, esta conexión de la figura de los grupos con problemas más globales, que por tanto podrían significar añadir mayores dosis de indeterminación y complejidad a un tema ya de por sí altamente impreciso y enigmático, lejos de condenarlos irremisiblemente a formar parte de la más pura y arraigada mitología de la Ciencia jurídica —como ocurrió con el concepto que le sirve como principio constitutivo, la persona jurídica—, pretende encontrar significativos puntos de luz, capaces de imponer una precisa opción a favor de la comprensión en términos jurídicamente significativos de las nuevas formas de empresa. Así, como evidencia la teoría más reciente sobre los «agujeros negros», ni son tan negros como tradicionalmente se nos ha hecho creer ni tampoco son eternos, impulsando más bien las exigencias de un conocimiento más preciso, capaz de proporcionarnos una metodología explicativa de la racionalidad o principio de coherencia del nuevo Derecho positivo de los grupos, ya existente y en desarrollo legislativo, judicial, convencional y doctrinal permanente, en particular, y del Derecho contemporáneo en general (5).

El jurista, sin embargo, frente a estos múltiples y complejos desafíos se encuentra un tanto desorientado. Porque para responder a estos retos, en parte tradicionales pero en buena parte nuevos, sigue acudiendo, hasta el momento y por lo general, a las técnicas jurídicas clásicas y, sólo con extraordinaria timidez y enorme precaución o cautela —tan cara al mundo jurídico— se aventura a internarse en el mundo de la innovación y experimentación de nuevas técnicas de comprensión jurídica de los hechos socio-económicos en evolución y de nuevas fórmulas de organización de la acción, y en consecuencia de la responsabilidad, de los nuevos sujetos protagonistas y de las nuevas categorías de intereses en juego. El jurista en general no es consciente de que el problema de los grupos confirma una *notoria insuficiencia, y en ocasiones, una significativa inadecuación, de las técnicas jurídicas vinculadas a un pensamiento histórico y culturalmente datado* (6).

Precisemos esta última observación conclusiva, ciertamente problemática. Es razonablemente seguro afirmar que, tanto en la unánime jurisprudencia como en buena parte de la doctrina civilista, mercantilista y laboralista, el problema de la calificación o encuadramiento ju-

(5) La inspiración para el recurso —más o menos afortunado— a la metáfora de los agujeros negros se ha extraído de la lectura de libro de S. HAWKING. *Agujeros negros y pequeños universos y otros ensayos*. Trad. al castellano 1994. en partic. pp. 111 y ss., 125 y ss.

(6) Lo que no significa ni puede significar en modo alguno desconocer los valiosos instrumentos que proporcionan «reflexiones y constataciones de desconcertante actualidad que todavía hoy constituyen el punto de partida para una aproximación razonada del estudio del grupo de empresas y de las temáticas conexas». Cfrs. G. SCHIANO DI PEPE. *Il gruppo di imprese*. op. cit. p. 2.

rídico del grupo de empresas se resuelve —aunque realmente, como luego trataremos de acreditar, se eclipsa o disuelve— en el *problema de las relaciones entre grupo societario y personalidad jurídica* en un complejo ámbito organizativo y económico de empresa. En consecuencia, todo principio de solución relativo al tema de los grupos suele aparecer, en última instancia, como un *problema de método interpretativo del concepto de persona jurídica*.

Sin embargo, en nuestra opinión, este movimiento centralizador prefigura un *falso binomio*, o una falsa dicotomía, o un falaz punto de partida basado en una relación altamente equívoca y ciertamente no correctamente planteada, que gira en torno a una reconstrucción metodológicamente improductiva, en la medida en que no sólo resulta incompleta y por tanto insuficiente, sino que además y sobre todo, implica una orientación que no permite comprender adecuadamente en términos jurídicos la complejidad y la auténtica novedad de los datos más característicos del fenómeno. El resultado es una *manifiesta situación de reductivismo sistemático y problemático, y de deformación conceptual e incluso normativa que, por tanto, conduce a una alternativa también falsa y que en realidad encierra un auténtico «círculo vicioso»*, entre la total irrelevancia del fenómeno de los grupos de empresas, en cuanto realidad económica indiferente para el Derecho, o una limitada relevancia según el clásico mecanismo de la *regla/exceptión* actuado por la doctrina del «levantamiento del velo» (7).

Es precisamente esta extraordinaria capacidad de condicionamiento, que aparece como un auténtico «síndrome», de la personalidad jurídica la que justifica que, por un lado, el Derecho Mercantil, se haya centrado básicamente sobre los problemas de tutela de los intereses de los socios «externos» y de los acreedores, y que, por otro, el Derecho del Trabajo, se limite casi exclusivamente al problema de identificar el «efectivo» o «verdadero» centro de poder y de decisión en el ámbito del grupo, al objeto de imputar las responsabilidades empresariales de orden laborá (8). Para salir pues de esta manifiesta situación de *impasse* es

(7) Para esta «impresión» de extremado condicionamiento e hipervaloración del concepto de persona jurídica *vid.* G. MELIADO, «I persistenti dilemmi del lavoro nelle società collegate». En *Collegamento di società e rapporti di lavoro*. Giuffrè. Milano. 1988. p. 57. Para esta tradicional imagen «excepcional» de la doctrina del «levantamiento del velo», que se presenta, incorrectamente en nuestra opinión según tratemos de argumentar posteriormente, como «unánime» en la doctrina, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, últimamente en «*El levantamiento del velo de la Sociedad Anónima. (Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad)*». Tribuna Social. n. 17. 1992. p. 8.

(8) Para la doctrina mercantilista *cfrs.* por todos la monografía del prof. J. M. EMBID IRUJO. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*. M. Justicia. Madrid. 1987 y J. DUQUE DOMÍNGUEZ. «Los problemas generales planteados por los grupos con especial referencia al Derecho Mercantil». Jornadas sobre los Grupos de Sociedades organizadas por la CEOE y publicadas en un volumen de 197, y más reciente del mismo autor «El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española», *Rev. Der. Banc. y Burs.* n. 35. 199, pp. 465 y ss. Para un interesante resumen de la doctrina

necesario liberarse de la servidumbre de la persona jurídica, que aparece como un falso problema y como un propio y «verdadero» sofisma, y proceder a un global repensamiento crítico del fenómeno examinado, que exprese un juicio liquidatorio en relación a todas aquellas orientaciones tendentes a afirmar la sustancial neutralidad de este nuevo modelo de empresa en relación a los tradicionales conceptos de empresario y empresa.

2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA EMPRESA CON ESTRUCTURA COMPLEJA COMO NUEVA FRONTERA DEL DERECHO: EL PRISMA PRIVILEGIADO DEL IUSLABORALISTA PARA ENSAYAR UNA VÍA DE SALIDA

Esta dirección metodológica revisora, si resulta necesaria para las diversas ramas del Derecho en las cuales la noción de empresa representa una pieza clave de sus esquemas y valoraciones normativas, tal como hemos apuntado anteriormente, aún resulta más obligada y reviste una particular significación en el Derecho del Trabajo, porque el parámetro de la persona jurídica o de la concreta forma jurídica asignada por el Derecho Mercantil a la organización de la actividad empresarial, resulta neutral o aparece como totalmente extraña para la resolución de los diversos conflictos de intereses que constituyen su objeto. Como deriva inequívocamente del art. 1.2 ET, en relación al sistema de garantías laborales establecido por los arts. 42, 43 y 44 ET a cargo de todos aquéllos que participan, directa o indirectamente, en el ejercicio de una «misma actividad» empresarial y para la satisfacción de un propio interés económico y organizativo, la persona jurídica no constituye la razón de ser de esta singular disciplina, sino que lo es la «empresa». *El problema jurídico de los grupos se encuadra así, en el problema hermenéutico de la empresa*, en relación a los parámetros interpretativos de los diversos sectores normativos que componen el sistema global de acción colectiva de esta organización socio-económica.

jurisprudencial en el ámbito laboral puede verse recientemente la STS, Sala 4, de 30-6-1993, en la que se hace un amplio estudio de la actual normativa mercantil, fiscal y laboral que refieren, aunque sea fragmentariamente, a los grupos de empresas. Para la doctrina laboralista puede verse el estudio del prof. L. M. CAMPS RUIZ. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. M. Trabajo. 1986 y el del prof. J. L. MONEREO PÉREZ. «Aspectos laborales de los grupos de empresas». REDT. 1985. Recientemente vienen siendo objeto de consideración algunas problemáticas en relación a las relaciones colectivas, centradas principalmente en la configuración del grupo como un nuevo nivel de contratación empresarial o como lugar privilegiado para la verificación de los modernos proyectos de democracia industrial, más o menos juridificados, particularmente en relación al Derecho Comunitario, según la Carta comunitaria de derechos fundamentales y la Propuesta de Directiva de 1991 en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Además adquieren un lugar privilegiado de análisis las diversas cuestiones abiertas en torno al problema de la *circulación de trabajadores en el interior del grupo*.

Ahora bien, la notoria sensibilidad alcanzada por el Derecho del Trabajo español respecto a los problemas suscitados por los grupos, por obra casi exclusivamente de la jurisprudencia con apoyo de la doctrina —al igual que ha sucedido en general para las orientaciones favorables al «corrimiento» del velo de las corporaciones societarias— no debe pasar desapercibida para civilistas y mercantilistas, creadores de las técnicas desarrolladas en el ámbito laboral a estos efectos. En este sentido, a pesar de las notorias incertidumbres normativas y conceptuales de esta jurisprudencia, es posible encontrar en esta consolidada línea jurisprudencial elementos que podrían facilitar, para otros ámbitos normativos, la superación de la simultánea *sobrevaloración* del concepto de persona jurídica, y de la eventual necesidad de articular técnicas para la represión de su «abuso» o utilización meramente instrumental, y de la *infravaloración* del contenido normativo de este concepto, así como de los ámbitos normativos en los cuales el mismo está destinado a operar. La individualización de un principio de solución para las múltiples cuestiones planteadas por los grupos al Derecho del trabajo, en consecuencia, permite recuperar para la Ciencia jurídica en general buena parte de la complejidad de la problemática —que no se agota en modo alguno en el ámbito de los grupos fraudulentos o «pseudo-grupos»— y, en todo caso, arroja un significativo haz de luz sobre el método reconstructivo e interpretativo adecuado, sumido hasta el momento, como hemos indicado, en una persistente oscuridad.

En esta línea, el análisis histórico y comparado, nos permite evidenciar cómo es en el Derecho del Trabajo de los diversos países donde es posible registrar los más significativos esfuerzos encaminados a integrar en el ordenamiento vigente un determinado tipo de fenómenos socio-económicos, superando el tradicional culto al dogma de la personalidad jurídica y, al mismo tiempo, evidenciando con señales inequívocas el mismo carácter reductivo y falseador de este modo de plantear tan compleja problemática. Lo que presenta unas dimensiones y unas determinadas implicaciones que exceden el inicial campo iuslaboral para proyectarse progresivamente en todo el perímetro del sistema global de empresa. De nuevo este tema confirma, con particular intensidad, *un fenómeno típico de la moderna experiencia jurídica: el carácter de vanguardia o, incluso, la propia primacía del Derecho del trabajo en la evolución del sistema de Derecho contemporáneo, particularmente del Derecho privado, cumpliendo una función que tradicionalmente había correspondido al Derecho Mercantil.* En este sentido, son múltiples los principios jurídicos que, primeramente advertidos en su planteamiento problemático y en su solución allí donde con una mayor agudeza se plantea el problema «bajo el aspecto humano y social», posteriormente se extienden y se generalizan en otros campos. Por tanto, no es tanto un tema de «fraccionamiento del sistema jurídico; es un hecho de tiempos diversos, de desarrollo en el tiempo», de modo que, sin perjuicio de la necesaria autonomía normativa e incluso conceptual, no creemos posible acudir a la vía de afirmar que,

en el Derecho del trabajo, «un mismo fenómeno pueda tener una configuración diversa a la de otras partes del Derecho privado» (9). Otra cosa distinta es la diversidad de parámetros interpretativos, como luego veremos.

En efecto, ya que la necesidad de afrontar jurídicamente los problemas inducidos por la emersión hegemónica del fenómeno de los grupos deriva, en buena medida, de la tendencial difuminación o evaporación de la imagen tradicional y «normal» del empresario y de la empresa, contribuyendo decisivamente al incremento de los ya de por sí elevados índices de opacidad y de invisibilidad de las fronteras de los nuevos modelos de organización económica, en otro tiempo precisas y definidas en la esfera jurídica de una persona física o de una persona jurídica societaria. En cambio, en los momentos actuales, aquella identidad socio-económica típica resulta crecientemente disuelta o sustituida por una densa red de relaciones sociales y jurídicas, contractuales y extracontractuales, societarias y extrasocietarias que vinculan o ponen en relación, de modo indirecto o mediato, a los diferentes sujetos implicados en las más variadas situaciones jurídicas con el sujeto (o sujetos) que, en vía de hecho, dirige, organiza y se beneficia en última instancia de las diversas prestaciones negociales, es perfectamente comprensible que, la doctrina legal y científica, tanto iusmercantilista como sobre todo iuslaboralista, haya ensayado una doble vía inspirada en una matriz común: el uso desviado o abusivo de la persona jurídica. Ahora bien, la estrategia de transposición de estas técnicas al Derecho del Trabajo revela, si examinan en profundidad y al margen de la variopinta argumentación seguida en cada decisión, significativos aspectos de singularidad y de novedad, fundamentalmente residenciados en el recurso a una «específica» y «autónoma» noción de empresa —ex art.1.1 en relac. art.1.2. ET— como referente propio de las relaciones de trabajo a efectos de garantizar la efectividad de las normas laborales (10). Aunque no nos interesa en este momento realizar la crítica que semejante planteamiento merece, desde la corrección de su fundamentación normativa y conceptual, si sirve para poner de relieve cómo, en esta zona de frontera del sistema jurídico, el problema de

(9) Para esta constatación, *vid.* últimamente —aunque es algo advertido por los grandes maestros del Derecho Mercantil moderno— F. GALGANO. «Unita e pluralità di imprese nei gruppi di società». En *Collegamento di società e rapporti di lavoro*. Giuffrè. Milano. 1988. p. 18.

(10) *Cfrs.* últimamente STS 30-6-1993. Para la última síntesis expositiva de la jurisprudencia de la Sala Social en este sentido evolutivo *vid.* F. RODRÍGUEZ SANUDO. «Relación laboral y grupo de empresas en la jurisprudencia». En *X Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*. Trotta, 1992, pp. 325 y ss.

la eventual configuración de un centro de referencia normativa diverso al exteriorizado por la forma se ha realizado, pese a la aparente y un tanto paradójica preferencia por un *uso laboral de la clásica técnica del levantamiento del velo*, como luego veremos, atendiendo en realidad, y en última instancia, a reglas y principios normativos propios de este sector, acreditando una relativa capacidad de normalizar y tipificar las prácticas de la empresa de grupo, pese a la ausencia de una disciplina legislativa expresa en materia, a través del recurso a criterios de integración sistemático-sistémica. En este sentido, no por casualidad, la disciplina del trabajo subordinado deja emerger una secuencia de intereses subjetivos cuyo tradicional referente no es la persona jurídica societaria, ni la autonomía patrimonial, sino la empresa.

Ahora bien, esta diversa forma de plantear el problema de la calificación de los grupos, advertido inicialmente en el Derecho del trabajo, presenta dimensiones y conlleva implicaciones con un radio de acción muchísimo más amplio, y adquiere un significativo valor sistemático, puesto que, en realidad, se presenta con rasgos similares en todos y cada uno de los planos donde se exponen con particular intensidad los problemas de la empresa —mercantil, fiscal, societario, competencial, consumo, medio ambiente, industrial etc...—. En todos ellos, la búsqueda del equilibrio entre el pretendido obstáculo normativo y conceptual de la regla de autonomía y la eventual calificación unitaria de la unidad económica de la empresa de grupo, suscita y requiere un similar juicio de valoración de estas prácticas y comportamientos, como veremos mejor a lo largo de la investigación, revelando que, a estos fines, múltiples, crecientes y heterogéneos, de poca utilidad resulta el tradicional planteamiento de la «superación», «desconocimiento» o «levantamiento» del velo de la persona jurídica societaria que, en el fondo, implica una opción reductiva y falseadora, un pseudoproblema que hoy exige ser, él mismo, «superado» o abandonado. De ahí, la necesidad y urgencia de afrontar, y no sólo indicar, pues, un esfuerzo renovador del tipo de reflexión dominante en esta materia, para lo que será útil recordar el valor transitivo y desmitificador de los conceptos dogmáticos tradicionales de ramas más cercanas a las nuevas aspiraciones sociales de justicia y racionalidad económica, como son el Derecho del Trabajo, el propio Derecho Tributario y el mismo Derecho de la competencia, en particular en su formulación comunitaria (11).

(11) Sugerentes indicaciones se extraen en esta dirección renovadora en los estudios sobre el Derecho comunitario de la competencia, hoy recibido en buena medida por nuestro Derecho de la libre competencia. *vid.* F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*. Giuffrè. Milano. 1984.

De ahí que el núcleo central del estudio no sea el analizar en profundidad la múltiple gama de problemas planteados por la realidad de los grupos de empresas al sistema de Derecho, ni aquéllos más específicamente laborales (12), sino que se trata más limitadamente —porque lo consideramos paso previo obligado— de reproponer críticamente el mapa de aquellos esquemas interpretativos y vías explicativas, seguidos por la doctrina y por la jurisprudencia para moverse en esta materia. Se trata de verificar, en definitiva, ya desde un plano más abstracto del método, cómo desde aquél más concreto de la operatividad práctica, la corrección y al mismo tiempo la utilidad de los resultados a los cuales es posible llegar siguiendo una metodología de investigación centrada todavía hoy en la visión del grupo como problema interpretativo de la persona jurídica y más en general de la subjetividad. El tema nos parece dotado de la mayor relevancia, en la medida en que esta reflexión nos permitirá concluir que ni, la artificiosa creación de un nuevo sujeto de derecho no personificado, a quien imputar las relaciones jurídicas, en particular las de trabajo, ni las diversas formas del «levantamiento del velo» resultan en absoluto satisfactorias para un tratamiento jurídico sistemático y global de la entera problemática suscitada por los grupos. En este sentido, plantear el tema según los clásicos términos de los multiseculares estudios de la persona jurídica, focalizados en la contraposición de «forma» y «realidad», el problema no puede no seguir la suerte conocida: la pretendida insolubilidad del «problema sin final» de la persona jurídica. Lo que proyecta una visión tan simplificada y deformante como inefectiva de la multiforme problemática.

Ahora bien, la definitiva y urgente liberación de la pesada hipoteca con que la «concepción» de la persona jurídica viene gravando el problema jurídico de los grupos de empresas, no sólo no exime sino que obliga ineludiblemente a estudiar el sentido de la evolución del problema hermenéutico de la persona jurídica, tal y como se presenta en la más reciente experiencia jurídica. El planteamiento de una básica «metodología dialéctica», que se centra en una primera estrategia de carácter negativo, orientada a la liberación de todo «saber falso» y conducente a una *situación aporética* (13), no nos lleva, sin embargo, a entender este momento de la aporía como algo absolutamente estéril.

(12) Para un análisis en profundidad de estos temas, tanto desde una perspectiva de Teoría general del Derecho como de la más específica perspectiva iuslaboral nos permitimos reenviar a nuestra tesis doctoral, *Las relaciones de trabajo en la empresa con estructura de grupo*, leída en BOLOGNA el 23-6-1992, todavía inédita pero en vía de publicación.

(13) Se trata como es sabido de la conocida «mayéutica purificadora de Sócrates». *cfr.* L. CASTRO NOGUEIRA, en *Introducción a los DIALOGOS DE PLATON*, Colección Austral. Espasa-Calpe. Madrid. 1986. pp. 16 y 17.

Antes al contrario, y puesto que el Derecho es esencialmente «experiencia», un breve recorrido por el estado actual del debate económico y jurídico sobre la persona jurídica puede arrojar, pese a las fuertes sombras apenas señaladas, ciertas luces para una adecuada revisión del problema *de quo*. Y ello porque, como pusiera de manifiesto una autorizada doctrina, el problema de los conceptos jurídicos, lo que es especialmente trasladable a la legendaria y todavía algo mágica persona jurídica, se resuelve fundamentalmente en su «relatividad» y en su «historicidad», es decir, «en la historia de sus múltiples y mutables concepciones, identificándose enteramente en ella, con todas sus inherencias, sus conexiones, sus condicionamientos, sus vuelos y sus caídas» (14). Por eso sería un grave error retener que tales orientaciones carecen del mas mínimo valor, condenándolas o «demonializándolas» como «secas discusiones» (15), resultando en cambio mucho más útil tratar de coger toda su plenitud de significado en la propia dinámica evolutiva del Derecho y de la Ciencia jurídica. E incluso de este debate será posible extraer algunas lecciones de método significativas para un adecuado planteamiento del problema de la reconstrucción sistemática de las relaciones jurídicas, particularmente de las relaciones de trabajo, en el interior de la empresa colectiva de grupo.

II. DIVERSIDAD DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS Y NUEVAS EXIGENCIAS DE REGULACIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO UN PROBLEMA INTERPRETATIVO SIEMPRE ABIERTO

1. EL UNITARIO SENTIDO EVOLUTIVO DE LOS MODERNOS ITINERARIOS DOCTRINALES Y LEGALES DE UNA FORMA PERMANENTE ADAPTADA EN SUS «FUNCIONES» Y «DISFUNCIONES» A LAS NUEVAS REALIDADES: LA PERSONA JURÍDICA ¿UNA PERSONA VULNERABLE?

La labor de «tipificación» jurídico-sistemática realizada por la jurisprudencia —con apoyo e impulso de la doctrina científica— de los nuevos modelos evolutivos de organización económica, que tiene en la *empresa con estructura de grupo* su paradigma más característico, y vista la persistente ausencia de un marco legislativo general y orgánico, ha encontrado en la mayoría de los Ordenamientos el criterio más firme, seguro y constante de valoración, ordenación y «racionalización» en la *moderna teoría de la persona jurídica*. Lo que permite confirmar que, el conocido proceso de reacción y revisión crítica de la

(14) Cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi. Persone giuridiche*. Il Mulino, Bologna, p. 85.

(15) Cfrs. para este juicio liquidatorio O. MAZZOTTI A, «Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese», *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 368.

mejor doctrina civilista y mercantilista —a excepción de algunos juicios radicalmente liquidatorios de ciertas teorías revisionistas en sentido «fuerte» (16), que en general no han tenido excesivas consecuencias— y de la prácticamente unánime jurisprudencia, no se ha dirigido tanto a desvalorizar la persona jurídica como técnica de «creación» o multiplicación de centros impersonales de intereses y responsabilidades (17).

De este modo, la tradicional imagen enigmática y misteriosa de esta legendaria cuestión, que ha envuelto permanentemente su planteamiento y, por tanto, su posible solución, se resiste a un definitivo «desvelamiento». En consecuencia, el concepto de persona jurídica, parecería destinado a permanecer como *un problema siempre abierto y sin final* (18). Sin embargo, no creemos que, en el actual estado de evolución de la Ciencia jurídica y de los propios sistemas de Derecho, sea aceptable ni conveniente un juicio escéptico acerca de su significación y alcance como un auténtico *problema hermenéutico, que impone una opción a favor de una comprensión jurídicamente significativa en sentido estricto*.

(16) *Cfrs.* G. ROSSI, que considera que el término persona jurídica «está totalmente privado de referencia a particulares contenidos normativos», por lo que «no queda más que abandonar toda construcción jurídica sobre la "persona jurídica"», p. 95, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*. Giuffré. Milano. 1967, p. 95.

(17) Para su imagen de procedimiento o expediente de simplificación y unificación de situaciones jurídicas *cfrs.* T. ASCARELLI. «Personalità giuridica e problemi delle società». En *Problemi giuridici*. Tomo I. Giuffré. Milano. 1959. pp. 997 y ss., y 1004 y ss. Para una reconstrucción detenida de las funciones generales y específicas de la atribución de la persona jurídica *vid.* F. CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid. 1984. pp. 79 y ss., 109 y ss.

(18) Entre las nuevas piezas normativas que sirven de recambio para mantener viva la polémica, debemos destacar la XII Directiva del Consejo de la Comunidad 89/67/CEE 21-12 sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que viene a reforzar una precedente intervención legislativa en propósito en diversos Estados nacionales (*cfrs.* J. DUQUE DOMÍNGUEZ, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid. 1991, pp. 243 y ss.); la generalización en el Ordenamiento Constitucional y legislativo de los «centros impersonales de interés» así como de los grupos no personificados (*cfrs.* art. 9.2 CE; art. 7 LOPJ, art. 1.2 ET, art. 16 nueva Ley Procesal laboral R.D. Legislativo 521/1990, de 27 de abril); el Reglamento Comunitario n. 2137/85, del Consejo de 25-6, relativo a los Grupos Europeos de Interés Económico (G.E.I.E), que crea un nuevo grupo centro de imputación, cuya personificación se deja a la libre voluntad de los Estados nacionales, pero que en cualquier caso no impide esta dimensión como centro autónomo y diverso de imputación jurídica, en cuanto que reconoce la capacidad jurídica del grupo, dejando al libre arbitrio del legislador nacional —según sus propias tradiciones culturales y sus principios jurídicos fundamentales, el otorgar o no personalidad jurídica (*cfrs.* el debate italiano, cuyo R.D.Legis. de 1991 de incorporación no otorga personalidad, a diferencia de la Ley española 12/1991 que sí la otorga, *vid.* en relación al derecho francés Claude DUCOULUX FAVARD, «Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) e la società europea (SE)», *Riv. dir. comm.* n. 1-2, 1992, pp. 13 y ss.); el problema de la «capacidad de derechos fundamentales» de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, según un reciente debate en la jurisprudencia constitucional, etc. A lo que habría que añadir el problema de las sociedades profesionales liberales.

1.1. «Desautorización» legislativa de la concepción esencialista y actualidad de un concepto de contenido variable: La mutación del paradigma de la persona jurídica

En cualquier caso, estas observaciones previas, sí sirven para plantear en sus justos términos la tan traída y llevada cuestión de la «crisis» de la persona jurídica, excluyendo conclusiones precipitadas, no autorizan igualmente a ignorar que, el proceso de eclipse o evanescencia de este concepto, constituye un fenómeno hoy generalizado y constante en las diversas experiencias jurídicas. Este proceso encuentra su explicación en diferentes factores jurídicos, tanto de carácter dogmático o de lógica jurídica como de orden normativo (19). Sin embargo, han sido elementos no estrictamente jurídicos, pero que han acabado ejerciendo —y no podía ser de otra manera— una influencia decisiva sobre el mundo del pensamiento jurídico moderno, los que más incisivamente han incidido en este movimiento de «revisión». De esta manera, bajo el doble influjo de las nuevas metodologías epistemológicas y de las nuevas orientaciones del pensamiento filosófico-teórico y del debate político, por un lado, y de las transformaciones del «contexto» social y económico, por otro lado, se ha venido revisando y reelaborando profundamente la antigua noción convencional de «persona jurídica», hasta el punto de determinar una verdadera *lucha por su renovación* (20).

(19) Los signos de esta «crisis» han sido brillantemente anticipados en la doctrina española por A. COSSIO, «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *A.D.C.*, VII, 3, 1954, p. 645, y en la doctrina francesa por P. DURAND, «L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé», en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à G. RIPERT*. Tomo I, París, 1950, p. 157 y ss. partic. p. 140. Pero, sin duda la «parábola» de la persona jurídica en el diagrama de la experiencia jurídica contemporánea aparece trazada con gran seguridad, anticipación, intuición y tonos fuertemente críticos entre nosotros en los diversos trabajos del prof. F. DE CASTRO, *ob. cit.*, partic. pp. 236 y ss., donde alude a la «llamada crisis de la persona jurídica», interrogándose sobre «sus causas, para luego considerar la utilidad y el significado que realmente tiene ese viejo y maltratado concepto». p. 236.

(20) *Cfrs.* F. DE CASTRO, para esta pluralidad de razones, no reducidas a las puramente técnicas —contradicciones teóricas, indebida subordinación de la «concepción» de la persona jurídica a la figura de la Sociedad Anónima con «la escuela de la desconsideración a la variedad de supuestos de hecho (substrato)»— hay que añadir razones de tipo político, social y económico, «aunque los autores no lo mencionen o releguen discretamente al último plano», *op. cit.* p. 209, y que se centra en un extremado reforzamiento del «hermetismo» de las estructuras societarias, propiciador de amplios «abusos», desvelándose progresivamente el verdadero significado político-social con el desarrollo de la «crítica iluminadora de las contrarias ideologías políticas», p. 241.

En este sentido, ante una carencia real de efectivos instrumentos de control y ante la creciente proliferación de iniciativas orientadas a la creación artificial de entes colectivos desprovistos de «efectiva» autonomía social, el pensamiento jurídico moderno, o mejor el contemporáneo, se ha comprometido en un movimiento crítico dirigido a crear diversas condiciones y fijar ciertos límites que *jure condito*, es decir, respecto al mismo «deber ser» inactuado o violado del Derecho positivo, consientan frenar o corregir en alguna medida importante tales «desviaciones», «abusos» o «fraudes», o como podría decirse hoy, «superar» o trascender las barreras o las fronteras de la persona jurídica. De ahí que, de «fórmula áurea» de la experiencia jurídica, y a raíz de las nuevas funciones económicas y políticas asumidas en época más reciente, el concepto de persona jurídica, pasará a desvanecerse o «evaporarse» progresivamente en las contrucciones de los juristas (21). De tal manera que, para un amplio sector doctrinal —con cierta difusión en diferentes ordenamientos extranjeros, aunque de escasa o nula audiencia en el nuestro (22)— la persona jurídica habría acabado siendo una «*persona inserte*» o «inútil», privada de un papel activo y de significativa relevancia en las cuestiones más importantes de política económica e industrial, y de la cual escasas o nulas indicaciones metodológicas y hermenéuticas pueden derivarse para una comprensión jurídicamente significativa de las nuevas formas organizativas de la empresa (23).

(21) «Vulnerabilidad», «represión», «levantamiento del velo», son todas expresiones, también ellas metafóricas, que sustituyen en las actuales lecturas sobre la persona jurídica, a las precedentes representaciones de esta técnica jurídica fundadas bien sobre el «antropomorfismo» de la persona jurídica como «macroantropo» (concepciones realistas) o sobre el «idealismo» propio de la visión de la persona como «ficción», únicamente existente como idea en la mente de los juristas, o producto de la voluntad del legislador. Una completa exposición crítica de las diversas teorías realistas y de la ficción y demás doctrinas o concepciones sobre la persona jurídica, puede verse en F. DE CASTRO, *ob. cit.* pp. 262 y ss.; R. ORESTANO, *ob. cit.* pp. 193 y ss. *vid.* M. BASILE-A. FALZEA, *ob. cit.* partic. p. 250 y ss.

(22) Representativos de una dirección nominalista que, en el fondo, significa una teoría negativa de la persona jurídica, y según orientaciones particularmente difundidas en la doctrina italiana, como luego veremos, son los trabajos de A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la STS de 28 de mayo de 1984*, Cuad. Civitas de Jurisprudencia civil, abril-agosto de 1984, pp. 1707 y ss.; PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, que se adhiera a las tesis que ven en la persona jurídica sólo un «*nomen iuris*» acogido por el Derecho pero de origen puramente doctrinal, *partic. vid.* pp. 1592 y ss.; y en el mismo sentido F. VALENZUELA GARACH, «Un panorama general del problema de la personalidad jurídica de los entes sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986-111. Homenaje al prof. MOTOS GUIRAO.

(23) De «persona inerte» habla G. TEUBNER, «*Entreprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*», n. 36, 1988, p. 130, *Am. Jour. Comp. Law*. Orientación recogida a su vez por un giuslavorista italiano, muy atento a la problemática de los grupos en el Derecho del trabajo, que concluye afirmando, haciéndose eco también de una autorizada corriente mercantilista italiana (T. ASCARELLI, *ob. cit.* p. 250) confirma esta transformación de la «persona jurídica en una "persona inerte"». G. MELIADO, *Il rapporti di lavoro nei gruppi di società*. Giuffré, Milano, 1991, p. 45.

En cualquier caso, este verificable proceso erosivo de la tradicional firmeza de la fundamentación hermenéutica de la figura, nos permite advertir ya una primera razón que debería permitir comprender la enorme insatisfacción, e incluso el relativo disgusto que, el jurista, debería sentir al situar, en el centro de la cuestión relativa al encuadramiento sistemático y disciplina jurídica de las nuevas formas de empresa, *la relación grupo societario/persona jurídica autónoma*. Se trata, en efecto, de la constatación de una manifiesta *razón de incertidumbre reconstructiva y hermenéutica*, con claros límites operativos, cuando se trata de dar decisivos pasos hacia adelante en la comprensión jurídicamente significativa de aquellos modelos organizativos de la actividad de empresa, a través de una conceptualización o de una estrategia que, como la de la persona jurídica, se topa en cada movimiento con problemas ardorosamente discutidos y con planteamientos altamente controvertidos y equívocos, mostrando un camino pedregoso e incierto (24). Es por eso que, la reproducción del «eterno» problema de la «forma» y la «realidad» en relación al tema de la «imputabilidad» al «verdadero» empresario (empleador) de las relaciones jurídicas tenidas en el «ámbito del grupo», particularmente y por lo que aquí nos interesa, las relaciones jurídicas de trabajo, no puede dejar de sugerir la imagen de un auténtico problema kafkiano (25), aflorando la «hamletiana» posición del trabajador y de sus organizaciones, inexorablemente obligados a navegar entre la forma y la efectividad para descubrir a quién resulta jurídicamente atribuible la actividad de los trabajadores —relaciones individuales— o la posición de contrapoder del trabajo organizado —perfiles colectivos—.

Ahora bien, esta razón de incertidumbre en absoluto puede llevar al jurista en general, y al iuslaboralista en particular, a aceptar una postura excéptica acerca de la resolubilidad de la cuestión de la persona jurídica como *problema hermenéutico, a la luz de las distintas disciplinas de esta figura en relación a los también diversos conflictos de intereses objeto de regulación —primacía del substrato normativo del concepto—*. De ahí la necesidad de coger —en modo necesariamente sintético— los rasgos más relevantes de la «evolución» del concepto de persona jurídica en las últimas reflexiones, como única vía que nos permitirá identificar con rigor las muchas sombras y por tanto los límites de fondo (proceso de «deformación» y «simplificación» sistemática y problemática respecto a los nuevos modelos de organización «típicos» de la empresa) y las relativas luces o eventuales servicios (definitiva ruptura con el prejuicio ontológico clásico, principio de relatividad e historicidad de los conceptos jurídicos, y configuración de

(24) Y en relación a los cuales es posible constatar como ninguna valoración o «*idea affacciata dai giuristi é incontrovertita*» Cfrs. M. BASSILE-A. FALZEA, *ob. cit.* pp. 234 y 235.

(25) Cfr. G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*. Giuffré. Milano. 1965. d. 30.

éstos como instrumentos «positivos» para resolver problemas reales) que, las interferencias entre el concepto de grupo y el de persona jurídica, proyectan para el análisis jurídico de las modernas metodologías de gestión del trabajo en las organizaciones productivas complejas.

En este sentido, aunque contamos ahora ya con una imponente e incontrolable bibliografía en relación a las más variadas cuestiones suscitadas por este concepto, creemos que no sólo la historia sino su entera reconstrucción como problema y como idea jurídica debieran ser hoy «reescritas» y repensadas (26). No será ésta la intención, ni la posibilidad, de este trabajo, que pretende exclusivamente individualizar algunos de los puntos más sobresalientes de la evolución actual, estrictamente pertinentes a la economía de nuestra investigación.

En extrema síntesis, la inmensa gama de teorizaciones y concepciones que irrefrenablemente se han ido sucediendo para intentar revisar una de las «cuestiones claves», aunque al mismo tiempo más «tópicas», de la Ciencia jurídica (27), pueden alinearse en dos orientaciones distintas, aunque con argumentaciones dispares dentro del mismo grupo:

a. Aquel conjunto de esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales dirigidos a una revisión en sentido —como hoy gusta decirse— «débil», por cuanto no ofrece un juicio liquidatorio del concepto, sino que al contrario, partiendo de una presunción de legitimidad de la figura, trata de actuar instrumentos que aseguren un control efectivo del «uso» del modelo legal y la debida sanción de toda nueva o vieja forma o estrategia de «abuso» (28). Para intentar «superar» una concepción

(26) *Cfrs.* para esta necesidad de reescribir la «historia» de la persona jurídica F. GALGANO. *Delle Persone giuridiche. Commentario del Codice Civile*. Dirigido por SCIAJOLA-BRANCA. Bologna. Roma. 1971. p. 24.

(27) *Cfrs.* F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, *ob. cit.* p. 261. Las hipérboles sobre este tema se suceden periódicamente para acentuar la importancia de este concepto en el «cielo de los conceptos» de la Ciencia jurídica. Así, últimamente se ha puesto de relieve su dimensión de «estrella central del firmamento jurídico». *Cfrs.* F. CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica... op. cit.* p. 17.

(28) Esta es la posición prácticamente unánime de la doctrina civilista y mercantilista española, reacia a cualquier negativismo jurídico y firme partidaria de acoger una opción cautelara o prudente al respecto, por los mayores riesgos que derivarían para la seguridad jurídica y para el buen o normal funcionamiento del tráfico económico y mercantil de seguirse una opción generosa o despreocupada a la hora de «superar» esa fórmula jurídica. En definitiva, se insiste, «el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene sea quebrantada; mas ello puede predicarse en favor de la generalidad y nunca en beneficio de quienes la utilizan para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura misma de la Sociedad Anónima. Sólo merece la especial protección atribuida al socio (irresponsabilidad) quien está formando parte de una colectividad y que, por tanto, no es dueño, ni tirano de la sociedad, ni ha confundido con el de ésta su patrimonio personal», F. DE CASTRO, *ob. cit.* pp. 248-249. En esta línea se enmarcan las teorías del «levantamiento del velo» (*lifting the corporate veil*), *cfrs.* R. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*.

dogmática y mítica de la persona jurídica, pero sin afectar a su tradicional fundamento conceptual como sujeto autónomo y distinto —principio de la distinción— se procede a una suerte de movilización general y global de los principios y cláusulas generales del Derecho —buena fe, fraude de ley, abuso del derecho, principio de la apariencia— cuya fundamentalidad, incluso constitucional, no consiente ni tan siquiera violaciones indirectas a través de la utilización de la técnica de la persona jurídica (29).

Dentro de este amplio grupo de teorías, todas reconducibles a un mismo principio —control de los abusos del modelo legal—, es necesario distinguir, no sólo para su solidez dogmática sino para su propia eficacia operativa, entre la conocida «teoría del empresario oculto», y el conjunto de técnicas que responden al «levantamiento del velo» o «desestimación» (teorías del *lifting* o del *disregard*) de la persona jurídica (30).

Barcelona. 1958, los diversos trabajos contenidos en el *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Quaderni Giur. Comm. n. 84. 1987. G. Giuffrè. Milano. 1987, P. VERRUCOLI. *Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella common law e nella civil law*. Giuffrè. Milano. 1964. J. M. EMBID IRUIO, «En torno al "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de una sociedad anónima», *La Ley*, T. 1990-4, p. 612 y ss.; R. DE ANGEL YAGÜE. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Madrid. 1990; *cfrs.* también P. ZATTI. *Persona giuridica e soggettività*. Cedam. Padova. 1975, pp. 319 y ss. G. SCALFI, *L'idea & persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*. Giuffrè. Milano. 1968; pp. 45 y ss. Este obligado respeto está siempre presente en la propia conciencia de los jueces que -generalmente entre parentesis, da la impresión de resultar un verdadero acto de fe en la intangibilidad del concepto- ponen de relieve la plena compatibilidad entre el reconocimiento de la carencia de un «valor absoluto (del) hermetismo producido por la utilización de formas societarias» (STS Sala Social 25-9-1989, ar. 6488) y su configuración como «ficción (legal y respetable)» (STS Sala I, 2-4-1990), que se da por presupuesto. *Vid.* también SSTS Sala I, 28-5-1984 ar. 2800, 13-5-1988 ar. 4306, etc. Para esta visión cautelar *vid.* SSTS sobre la necesidad de acreditar suficientemente las circunstancias especiales posibilitadoras de la penetración en el «substratum» personal del ente social, 19-9-1988 ar. 6920, y 27-3-1989 ar. 2416, 24-7-1989, *cit.*

(29) Para esta reconducción a categorías dogmáticas conocidas, especialmente al fraude de ley, *cfrs.* R. SERICK, *ob. cit. passim*. Este uso generalizado, y en ocasiones confuso, de diferentes principios es especialmente visible en la jurisprudencia, *vid.* SSTS 20-6-1991 ar. 4526, y STS 3-6-1991. que en tono poderoso —en términos de mandato prohibitivo como si fuera una auténtica norma legislativa— y firme entiende que «la doctrina del "levantamiento del velo"... *proscribe* la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros», cuando el respeto de estos últimos representa «uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1. de nuestra Ley Suprema» (STS 25-9-1989 *cit.*, 24-7-1989 ar. 5908, Sala Social, entre otras muchas).

(30) Confusionismo que ha sido severamente criticado por el prof. F. GALGANO, que ha definido como doctrina u «operación ecléctica» el hacer «todo uno de la teoría de los accionistas tiranos y de aquélla de la revisión del concepto de persona jurídica». «*La società lo schermo della personalità giuridica*». *Giur. comm.* 1983, pp. 11 y ss. partic. p. 13. La diferencia está, como explica el propio autor de la «teoría del empresario oculto», en que ésta no pretende «superar» la pantalla jurídica societaria sino que la presupone necesariamente, por lo que necesita de los esquemas y de los principios

2. Un verdadero salto cualitativo —aunque como luego veremos, más aparente que real en cuanto no representa verdaderamente una posición inconciliable con la posición anterior de la persona jurídica— pretenden dar aquellos intentos de revisión o «superación» en sentido «fuerte» de este concepto, a través de su descripción, en base al *principio de la irrealidad de la persona jurídica* y al *principio de reducción*, como un conjunto de relaciones jurídicas o de situaciones subjetivas propias de sus miembros y no de un ente colectivo distinto. Estas teorías «reduccionistas» han tenido una fundamental acogida en Francia y en los últimos años en Italia especialmente, a través de las denominadas «concepciones normativistas» y «concepciones nominalistas», estas últimas propias de la Filosofía analítica y de aquellas corrientes favorables a adoptar el método del análisis del lenguaje en el estudio del Derecho, del que la persona jurídica ha constituido su más significativo campo de aplicación, tanto desde el punto de vista de la crítica filosófica o «gnoseológica» como desde el punto de vista de la crítica metodológica (31).

lógicos de la persona jurídica como auténtico sujeto autónomo y diferenciado, que «no elimina el ente social, con su patrimonio y su responsabilidad; sino que agrega a este patrimonio y a esta responsabilidad el patrimonio y la responsabilidad del socio soberano». *Cfrs.* W. BIGIAMI, «*L'imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*», *Giur. it.* 1959-1, 2.c. 157. El fundamento de la responsabilidad no es ni su condición de socio ni tampoco su propia acción de dominio absoluto como socio «tirano» —tiranía societaria—, sino otro distinto, y que radica en la identificación de una «*posición extrasocial*» de este socio especialmente cualificado, y que precisamente integraría los extremos de la figura del «empresario oculto», es decir, aquél que domina la empresa como ejerciente una actividad económica con plena capacidad de dirección y riesgo, en definitiva del «único efectivo titular de la empresa, en la cual el "hombre de paja" no tiene participación alguna». *Cfrs.* *L'imprenditore occulto*. Cedam. Padova. 1954, p. 20, y *Difesa dell'imprenditore occulto*. Cedam. Padova. 1962 p. 47 y ss.

(31) Las corrientes nominalistas se enmarcan en un objetivo más general de reexamen o revisión del problema de las definiciones tradicionales de los conceptos jurídicos, entre los cuales, el de persona jurídica ha sido considerado especialmente idóneo para la experimentación de los resultados efectivos del nuevo método propuesto. En general sobre esta orientación analítica en el Derecho *vid.* U. SCARPELLI (a cargo de), *Diritto e analisi del linguaggio*. Giuffrè. Milano. 1976, y *Contributi alla semantica del linguaggio normativo*. nueva edic. Giuffrè. Milano. 1985; A. ROSS. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Bologna. 1982; en relación al problema de la persona jurídica *vid.* HART. *Contributi all'analisi del diritto*. Trad. italiana. Giuffrè. Milano. 1964, pp. 37 y ss.; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. nueva edic. Cedam. Padova. 1989, y F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*. Libro primo. *Delle persone e della famiglia* (art. 11-35). *Commentario del codice civile*, a cargo de A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1969, cuyo pensamiento ofrece notorias influencias de la dirección analítica expresada por F. D'ALESSANDRO, y también del normativismo de T. ASCARELLI, aunque sus ideas al respecto ha experimentado una notoria evolución, reduciendo sensiblemente su radicalismo inicial, e incluso son advertibles significativas rectificaciones a lo largo de las diversas obras que posteriormente ha dedicado al tema. Para una visión crítica de conjunto de las diversas posiciones dentro de esta misma corriente analítica *vid.* A. PINTOR, «Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico», en *Quaderni fiorentini*, Tomo II, *ob. cit.* pp. 721 y ss. Para esta dirección en España -donde el seguimiento ha sido muy limitado- *vid.* PAZ-ARES, «*Infracapitalización...*» *op. cit. passim* y F. VALENZUELA GARACH. *op. cit. partic.* pp. 376 y ss.

Una de las críticas más señaladas de la dirección analítica, que nos proporciona una significativa indicación de método, se dirige a poner de relieve la «función pesantemente ideológica» que han cumplido las «concepciones» tradicionales, por cuanto, alimentadas de un fuerte «prejuicio conceptualista», habrían invertido indebidamente la relación entre los diversos discursos jurídicos del legislador y de la doctrina (32). En este sentido, se critica la configuración de la persona jurídica como un «concepto elevado a super norma», no limitada por tanto a una simple función «clasificatoria» o «cognoscitiva» (descriptivo en modo sistemático y sintético de una disciplina jurídica relativa a diversos centros de intereses personificados). Al contrario, según una común concepción, la persona jurídica aparece como una categoría propiamente «operativa» o «preceptiva», configurándose como una «*regulae juris*» (33) o un *principio o policy* (34) cuyo alcance teórico-reconstructivo permite un *plus de juridificación o una capacidad adicional para proyectar específicos principios de solución jurídica o concretas conclusiones de derecho*, cuyo fundamento no se encuentra directamente en la norma, sino en las construcciones y en la misma función de mediación social de los juristas, evidenciando una amplio «coeficiente ideológico» (35).

Frente a esta tradicional concepción «fuerte» de la persona jurídica en sentido tradicional —que acredita un rígido proceso de hipóstasis de la idea de «subjetividad» jurídica— la crítica analítica trata de oponer una propia inversión metodológica, al centrar la atención del jurista exclusivamente sobre el «substrato normativo» de las diversas disciplinas de los comportamientos humanos y de los agregados sociales (36).

(32) *Cfrs.* para esta conclusión en las diversas posiciones nominalistas A. PINTOR, *ob. cit.* p. 731.

(33) T. ASCARELLI, *ob. utim. cit.* p. 240.

(34) Según los modelos de los standards normativos divididos en normas, principios y directrices políticas de R. DWORKING, *Il diritti presi sul serio*, Trad. italiana. Il Mulino. Bologna. 1982 p. 90 y ss. (existe traducción española, *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. Segunda edic. 1989, pp. 72 y ss.

(35) Tampoco en esta crítica el concepto de persona jurídica aparece aislado, pues las mismas objeciones han sido dirigidas a conceptos que cumplen una función tan crucial en el conjunto de las distintas disciplinas jurídicas, como el propio «concepto de negocio jurídico», puesto también en discusión en cuanto «categoría operativa» no en cuanto «categoría descriptiva», *cfrs.* F. GALGANO, *Voz. «Negozio giuridico (dott. generali)»*, Encicl. del dir. XXVII. Giuffrè. Milano. 1977, pp. 932 y ss., part. p. 936, id. más recientemente «*Il crepuscolo del negozio giuridico*», *Contratto e impresa*. 1987; e incluso el *concepto de subordinación jurídica laboral*, cuyo «coeficiente ideológico» ha sido destacado por M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Giuffrè. Milano. 1985, p. 297, nota 40; también *cfr.* G. MELIADO, *Il rapporti di lavoro... op. cit.* p. 35. El propio DWORKIN considera que toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro aspecto prescriptivo, de modo que la teoría no sólo serviría para conocer el derecho vigente sino que también es auxiliar indispensable para el juez. Con lo que destruye uno de los presupuestos metodológicos positivistas, el de la «separación absoluta entre la descripción y la prescripción». *cfrs.* partic. pp. 146 y ss.

(36) *Cfrs.* Las exposiciones de A. PINTOR, *ob. cit.*, partic. pp. 741 y ss.

Esta orientación, partiendo de una crítica general a los tradicionales modos de proceder de la Ciencia jurídica, y centrados en el uso de «definiciones reales» propias del «método naturalista» y de la creencia en un «valor ontológico» del concepto —que persiguen constantemente una «esencia» o una «naturaleza» de la cosa sobre el presupuesto de la necesaria correspondencia entre el concepto y una entidad objetiva y real en el mundo físico— propone su sustitución por las «definiciones en uso o contextuales» (HART) o «definiciones condicionales» (SCARPELLI), que no se preocupan de «*qué es la persona jurídica*» sino de «*qué significa persona jurídica*» (37).

Estas corrientes, sin embargo, ofrecen diversos flancos a la crítica, y aunque no nos corresponde a nosotros desarrollarlos (38), sí creemos conveniente expresar dos de ellos, por el especial interés que revisten para nuestro tema —es decir, cuáles son los límites de fondo y cuáles las eventuales virtualidades de un planteamiento que haga girar sobre la conceptualización de la persona jurídica el problema hermenéutico de los grupos de sociedades, particularmente en el Derecho del Trabajo, aunque no sólo—. En primer lugar, estas corrientes presentan el mismo vicio lógico y de razonamiento que las tesis que pretenden «revisar» y, en lo posible, «superar», aunque de signo inverso, es decir, incurren en una *hipóstasis de la premisa de la «irrealidad»* de las personas jurídicas, desconociendo la inesquivable ambivalencia del concepto y su indudable «fundamento social» o «substrato real», aunque hoy exija ser (re)interpretado en manera profundamente diversa (39).

En segundo lugar, en cuanto fijan la «condición» o «regla de uso» principal del concepto en la *existencia o referencia a un «ordenamiento» dado*, están realizando una remisión a un elemento que termina por evocar otro procedimiento argumentativo circular, contradictorio

(37) *Cfrs.* U. SCARPELLI. *op. cit.* 112. La condición de uso «es una disciplina jurídica, que comporta la previsión normativa de una pluralidad de hechos, actuales y posibles, meros hechos o actos, un coligamiento entre ellos, consistente en la referencia a un mismo ordenamiento, y la atribución a tales hechos de una relevancia jurídica en función de relaciones que entrecorren entre ellos». *Op. cit.* p. 118.

(38) *Vid.* el equilibrado resumen crítico de A. PINTOR, *ob. cit. passim*.

(39) De ahí que, en nuestra opinión, no resulta afortunada la visión de la persona jurídica como mero instrumento de naturaleza lingüística del fenómeno de las personas jurídicas, que la resuelve en un mero *nomen iuris*. Para la exposición más completa de una «doctrina nominalista» de las personas jurídicas, que proporciona algunas reflexiones de interés, y en una perspectiva crítica también del normativismo de ASCARELLI y de KELSEN, *vid.* sobre todo en una reciente reedición de su obra F. D'ALESSANDRO. *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*. Cedam. Padova. 1989. partic. pp. 70-120. Esta dirección es seguida en España, como hemos señalado, por los profesores PAZ-ARES. *op. cit.* pp. 1592 y ss. y F. VALENZUELA, *op. cit.* que, siguiendo sólo ven en la persona jurídica «símbolos verbales» o «velos lingüísticos», aunque proponen una concepción ontológica y antropomórfica de la categoría de sujeto de Derecho, indentificándolo sólo con el «hombre» como «únicos y verdaderos sujetos de derechos que pueden existir», puntos «finales de imputación de las normas». *Vid.* último autor p. 377.

incluso con las propias premisas del método por ellos propuesto, incurriendo en nuevas aporías y contradicciones. En efecto, el concepto de «ordenamiento» —como el de «persona jurídica»— es objeto de una «definición estipulativa» o convencional, es decir, que no hace referencia a una entidad observable o inmediatamente identificable a través del análisis de los diversos «usos» que eventualmente hacen las normas de él —ej. art. 6.4 C.c.—, sino que son términos teóricos que «designan conceptos privados de una relación semántica inmediata con la realidad jurídica observable», ya se identifique ésta con el universo normativo ya con el universo fáctico (40).

De esta manera, la fijación de las «*reglas de uso*» del concepto de persona jurídica reenvía —como en realidad siempre ha ocurrido— a un problema de Teoría general del Derecho y a un problema de método hermenéutico o de Teoría general de la interpretación. Y es precisamente por esto que, a nuestro juicio, esta corriente incurre en un manifiesto vicio lógico, así como en un peligroso vicio ideológico, en cuanto reduce el Ordenamiento a «ordenamiento de normas» (41). Sin embargo, para evitar los «costos ruinosos» y las múltiples «aporías» lógicas y semánticas que han venido caracterizando las representaciones del concepto de persona jurídica —también de las más recientes de signo «antirealista»— es necesario tomar como punto de partida una Teoría del Derecho que, dotada de la adecuada capacidad explicativa para hacer ver y comprender mejor el Ordenamiento jurídico, permita fijar el puesto y significado de la persona jurídica en «el sistema de conceptos que constituye la ciencia del Derecho» (42). Y esta Teoría sólo puede ser aquella que, consciente de la «ambivalencia de las normas», esté en condiciones de dar debida cuenta del «universo normativo» y del «universo fáctico», así como y principalmente de las múltiples comunicaciones interactivas entre ambos: es decir, que sea capaz de explicar bien «lo que efectivamente sucede» bien lo que «jurídicamente debe suceder» (43).

(40) *Cfrs.* L. FERRAJOLI, «La semántica della teoria del diritto», *ob. cit.* p. 110, siguiendo precisamente las orientaciones de los máximos sostenedores de las teorías del análisis del lenguaje, como son H. L. HART, «Definizione e teoria nella giurisprudenza», en V. FROSINI (a cargo de), *Contributi all'analisi del diritto*. Giuffrè. Milano. 1964, pp. 42-43, y U. SCARPELLI, «La definizione nel diritto», en U. SCARPELLI (a cargo de) *Diritto e analisi del linguaggio*. Comunità. Milano. 1976, partic. pp. 184 y ss.

(41) Esto es lo que hace precisamente U. SCARPELLI, que pese a no desconocer e incluso insistir sobre la conexión entre disciplina jurídica y una pluralidad de hechos —base sociológica de la persona jurídica—, coloca ambas consideraciones sobre planos de análisis completamente independientes el uno del otro, *cfrs. ob. cit.* pp. 118 y ss. Véase para esta crítica A. PINTOR, *ob. cit.*

(42) Esta es, como se recordará, una propuesta final de la obra del prof. F. DE CASTRO. *ob. cit.*, p. 260.

(43) *Cfrs.* L. FERRAJOLI, *ob. cit.* p. 129, que confirma cómo la fractura entre los dos universos, es decir, entre «la configuración normativa y el funcionamiento real de los sistemas jurídicos, es en efecto no sólo el principal problema sino también el más importante objeto de investigación y de la reflexión jurídico-teórica», *Ibidem*. Para eso propone, como es conocido, su Teoría de la interpretación «semántica», «empírica» o

Esta decisivas críticas no deben implicar, sin embargo, un total rechazo de este moderno intento de renovación, especialmente de ciertas críticas de tipo metodológico, particularmente en orden al excesivo prejuicio «naturalista» y «ontologista» de la Ciencia jurídica, por lo que puede proyectar una cierta luz que ayuda a plantear los problemas de la persona jurídica en términos más correctos, reproponiendo una visión prevalentemente instrumental y funcional y encontrando *significativos puntos de conciliación*, tanto desde el punto de vista teórico-reconstrutivo como pragmático-operativo (44).

Desde esta óptica, no creemos excesivo afirmar que las nuevas reflexiones y lecturas críticas, aparecidas en los últimos tiempos sobre este tema, confirman plenamente la *inflexión en sentido pragmático y de plena juridicidad* experimentado por el debate sobre la persona ju-

«pragmática» de la Teoría, es decir, un «procedimiento consistente en una adecuada reducción del lenguaje teórico-artificial en el lenguaje observador de la dogmática jurídica (si la interpretación suministrada es de tipo normativista) o de la sociología del derecho (si la interpretación es de tipo realista)» *ob. cit.* p. 113, entendidos, sin embargo, ambos puntos de vista, no como modelos semánticos alternativos o contrapuestos sino como perfecta y necesariamente complementarios o compatibles. *Ob. cit.* pp. 128 y ss.

(44) Así, aunque como ha sido prudentemente advertido, resulta evidente la dificultad de «fare il punto di questo complesso di dottrine» (*cfrs.* R. ORESTANO, *ob. cit.*, p. 258), no puede desconocerse que la contraposición es sólo «en apariencia tremenda e insalvable», aunque más que a un problema exclusivamente «terminológico» (DE CASTRO) se trata de una polémica reducida a un problema principalmente semántico. En cualquier caso, tampoco para los «neorealistas» la persona jurídica tiene la misma realidad que la persona humana, resultando en cualquier caso «una persona por analogía» o «si se quiere una entelequia jurídica». *Cfrs.* F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 264. De la misma manera que tampoco los normativistas desconocen que «las personas jurídicas son una realidad pero su realidad no es la de los sujetos que se ven y se tocan, una realidad puramente... ideal: realidad ideal jurídica, no realidad sensible» (FERRARA, *ob. cit.* p. 238), y otro firme sostenedor del nuevo sentido realista del concepto tradicional de persona jurídica, entiende que en la «vida del Derecho la persona jurídica no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos» (R. SERICK, *ob. cit.* p. 261). También los sostenedores de las tesis analíticas y antirrealistas parten de la configuración de la persona jurídica como «persona por analogía». *cfr.* D'ALESSANDRO, *op. ultim. cit.* Igualmente, el prof. PUIG BRUTAU, tras reconocer que «la persona natural y la jurídica sólo de una manera muy artificiosa pueden ser equiparadas», subrayó con toda eficacia que los conceptos en Derecho «no tienen una naturaleza fatal e invariable que pueda describirse recurriendo a la figuración de un fenómeno físico. No son más que la manera de dejar cifrada en una *expresión abreviada* los criterios adecuados a cada situación de pugna de intereses», *ob. cit.* p. 341. Resuenan aquí claramente los ecos de las tesis normativistas de ASCARELLI, *ibidem*. Y ésta es, en última instancia, la posición de los que no ven en la persona jurídica más que un *nomen iuris* que, siguiendo fielmente la estela del prof. F. GALGANO y como ya anticipara en formulación no superada por el prof. F. DE CASTRO (seguidor de la concepción neorealista), terminan reconduciendo el problema a una cuestión de interpretación y aplicación de normas: *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*; PAZ-ARES, *op. cit.* p. 1593 y nota 12; F. VALENZUELA, *op. et loc. ultim. cit.*

rídica que traslada su centro de atención del plano clasificatorio y puramente abstracto, a aquél más concreto de la solución de las diversas cuestiones interpretativas, vinculadas estrechamente a la operatividad de los específicos institutos jurídicos. El problema de la persona jurídica queda en cualquier caso planteado, tanto para los «neorealistas» como para los «reduccionistas», —y no puede ser de otra manera—, en los mismos términos en los cuales viene planteado, en la normal experiencia del operador jurídico, todo problema de comprensión, interpretación y aplicación de normas y del sistema de Derecho.

De esta manera, asumir que la «crisis» de la persona jurídica se resuelve positivamente en el problema de individualización de las «condiciones de uso» de las diversas disciplinas relativas a sujetos colectivos, nos permite advertir inequívocamente el cambio de paradigma o método del concepto de persona jurídica (45).

En efecto, en el clásico debate entre los partidarios de la teoría de la realidad y los sostenedores de la «ficción» legal, la representación de la persona jurídica aparece siempre condicionada por una determinada concepción sobre el orden natural de las cosas, y por tanto de la propia función y autonomía del Derecho positivo. De modo que, en ambos casos, la técnica, lejos de configurarse como tal, termina evocando o bien la mistificatoria «metáfora de la vida» (concepción antropomórfica) o bien el idealismo de la ficción (la persona jurídica como idea en la mente de los legisladores y de los jueces), sobrepasando las propias exigencias «reales» que la misma evoca: la composición normativa de conflictos de intereses y de una serie de exigencias de regulación en la vida social. Las propias tendencias evolutivas del Derecho contemporáneo, y la aparición de nuevas construcciones interpretativas en la doctrina, han puesto de relieve la inconveniencia de estos planteamientos reductivos, desplazando el interés o la preocupación hacia el problema de las funciones, y por tanto los límites, de la personificación (46). En esta línea, existe un amplio acuerdo en reconocer que la llamada «crisis» del concepto ha venido inducida en gran medida por el reconocimiento de nuevas realidades organizativas privadas de una apreciable autonomía en el plano empírico-real, que impide diseñar un criterio de distinción nítido y riguroso entre los grupos provistos de personalidad y aquellos grupos que no lo están,

(45) En definitiva, como ya advirtiera magistralmente el prof. F. DE CASTRO, lo que importa al jurista «de modo inmediato y urgente es averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico; precisar si se usa siempre en el mismo sentido o, si se emplea en varios, cuáles son éstos y su mayor o menor alcance en cada caso; si en las mismas disposiciones que regulan una misma figura jurídica el término persona jurídica se ha tomado dándole diferente valor». *Ob. cit.* p. 260.

(46) Paradigmática la obra del prof. F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. *op. cit. passim*.

aunque el alcance que unos y otros otorgan a esta innegable conclusión es bien diversa (47).

En cualquier caso, lo que sí se produce es la sustitución de las apodícticas reflexiones sobre la presunta «naturaleza» o «esencia» de la persona jurídica —ya sea la realidad de las cosas ya sea la ficción legal o normativa, es decir, en la realidad jurídica— por una reflexión orientada fundamentalmente a reconstruir la persona jurídica como un método o un instrumento para referir a ciertas conclusiones de Derecho, en relación a la organización y gestión de una actividad económica y para resolver determinados conflictos de intereses en relación a los terceros que entran en relación con los miembros organizados a través de esta técnica o procedimiento jurídico (48). Y su fundamento reside no en el orden natural ni en el orden estatal sino en una razón de utilidad práctica al servicio de exigencias económicas y sociales merecedoras de protección, como instrumento de autonomización de determinados recursos económicos a los efectos de gestionar una empresa en el tráfico jurídico-mercantil. De ahí que la persona jurídica aparezca básicamente como un régimen jurídico vinculado a una actividad, resolviéndose en una técnica o en un procedimiento jurídico que conduce a una reconstrucción teleológica, y no ontológica, en cuanto aparece como perfectamente válida para servir a fines u objetivos de política jurídica y a exigencias o prácticas económicas y sociales diversas, con entera abstracción de su intrínseca bondad o malicia (49).

(47) En efecto, mientras los partidarios del principio de la identificación o de la identidad colectiva consideran que este proceso de difuminación de las diferencias no impide una imagen de la persona jurídica como sujeto de derecho, distinto y autónomo, *cfrs.* A. BASILE-FALZEA, *op. cit.* p. 266 y ss, pp. 274 y 275...; mientras que los partidarios del principio de reducción consideran que la persona jurídica no atribuye ninguna cualidad de sujeto de Derecho, sino que es una pura técnica instrumental o procedimiento jurídico, cuyo recurso responde sólo a razones de oportunidad y de política. *Cfrs.* R. DAVID, «La personnalité morale et ses limites». Informe general, en *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris*. 1966, p. 6, y J. FOYER, *Sobre el sentido y alcance de la persona jurídica de las sociedades en el Derecho francés*, *ibidem*. p. 118.

(48) Esta es la construcción del propio concepto de sociedad, como técnica de organización y gestión de la actividad empresarial. *Cfrs.* PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. Sirey. 1967.

(49) Esta es la intuición del prof. F. DE CASTRO, al afirmar con toda claridad y brillantez que lo que importa al intérprete aquí «de modo inmediato y urgente es averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico», *ob. cit.* p. 260, de tal manera que sólo así será posible «ver para qué sirvió y para qué sirve hoy ese concepto de personas jurídicas»; en el mismo sentido el prof. A. POLO. resalta como en este carácter « eminentemente técnico, instrumental, de puro método... reside su neutralidad », *cfrs.* Prólogo obra de SERICK, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*. Traduc. española y comentario del prof. PUIG BRUTAU. Barcelona. 1958. p. 17. A fin de cuentas, es lo que más importa al intérprete de las leyes». *Ob. cit.* p. 262. Pero ésta es la idea que está en el fondo de las concepciones «nominalistas», al preocuparse no por la naturaleza de la persona jurídica sino «qué significa persona jurídica», *cfrs.* U. SCARPELLI, *ibidem*; o la concepción normativista de T. ASCARELLI, al considerarla como expresión abreviada de una disciplina jurídica, y por tanto instrumento o procedimiento que designa o refiere a un determinado régimen jurídico.

En esta óptica, se confirma la imagen de la idea de la persona jurídica como auténtico y genuino problema de método hermenéutico o interpretativo, por tanto intrínsecamente jurídico, que permite romper definitivamente con su tradicional carácter enigmático y misterioso y combatir el clásico lenguaje metafórico (50) que, durante mucho tiempo, ha dominado la literatura al respecto y que tan negativamente ha condicionado el adecuado planteamiento de los temas. La irresolubilidad del problema de la persona jurídica, por tanto, no es mayor de cuanto pueda serlo otro problema jurídico en el que el Derecho se vea obligado a abandonar posturas formalistas y ahistóricas. Pero de esta manera, no se vanifica ni se anula ni pierde profundidad el problema, antes al contrario, se coloca en una línea de plena armonía con las nuevas orientaciones de la Hermenéutica jurídica contemporánea que pone de manifiesto, no sólo un peculiar sentido de la normatividad sino también el peculiar sentido de la interpretación jurídica, que se mueve no sólo en función de un interés de conocimiento, sino también y principalmente en vista de un interés de decisión práctica (51).

Si se aceptan estas consideraciones, la propia idea de «deformación» del concepto de persona jurídica carece de auténtico sentido, en cuanto permanece anclada en la imagen de un contenido constante e inmutable que aparecería más o menos desfigurado por su tradicional vestidura «formal», y en cualquier caso, esta «deformación» no representa ningún fenómeno patológico en sí mismo, es decir, no resulta intrínsecamente positivo o negativo. Así, no es más que la expresión de la necesidad de que sean las técnicas o los procedimientos jurídicos los que deben adaptarse continuamente a las distintas circunstancias históricas y a las diversas exigencias sociales y culturales de los nuevos tiempos, y no viceversa. Lo contrario sería incurrir en una visión de la experiencia jurídica como una historia de nombres, que considera invariado el contenido de sus conceptos

(50) Como ha sido puesto acertadamente de relieve, el originario valor metafórico del término «persona jurídica», está en la base del proceso que condujo a la exasperación realista y organicista del concepto en la versión de Gierke y sus seguidores. Como se ha dicho, «la metáfora è sempre un'ausiliaria pericolosa; da principio si presenta solo per illustrare modestamente il ragionamento, ma non tarda poi a impadronirsi e a governarlo», *cf.*: B. DE JOUVENER, *Du pouvoir*, cit. por traducción italiana *Il potere*, Milano, 1947, p. 55.

(51) Como se ha observado acertadamente, la interpretación de las normas, es uno de los problemas fundamentales que el Derecho plantea continuamente en su desarrollo y evolución de conformidad con los nuevos tiempos de la vida social, y que el jurista nunca logra resolver con los medios de su propia Ciencia. *Cfr.*s. RENATO TREVES, *Prólogo* a MAX ASCOLTI, *La interpretación de las leyes. Ensayo de una filosofía del Derecho*, Traducci. castellana de R. SMITH, Buenos Aires, 1947, p. 8; y en sentido similar J. JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «*Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional*», R.E.P. n. 69. 1990.

porque permanecen constantes los términos de referencia o expresiones semánticas (52).

1.2. La nueva «seriedad» de la persona jurídica: recuperación de la profundidad de sus significados históricos como problema prevalentemente práctico.

Aceptar, como hemos argumentado, una representación de la figura que pone el acento en la idea de instrumento o método jurídico al servicio de determinadas exigencias de regulación, merece consenso sólo en la medida en que conduce a excluir una extrema teorización de la subjetividad jurídica autónoma, de modo que descarta toda hipótesis de un principio de absoluta incomunicabilidad de las distintas esferas de intereses, así como toda imagen de una plena inmunidad del sistema de acción global de la actividad de empresa a la influencia ejercitable por los diversos estatutos normativos —Derecho del Trabajo, Derecho de la Competencia, Derecho de la economía, Derecho fiscal etc.— para su definición y disciplina. Pero no pueden aceptarse las más amplias implicaciones que a la misma se le pretenden asignar, desconociendo la existencia de efectivos centros de intereses impersonales a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye una propia significación subjetiva. Entenderlo de otro modo sería tanto como abrir la marcha hacia una conceptualización que se coloca la evolución a sus espaldas.

La reconstrucción de la persona jurídica como un problema de determinación de las condiciones o reglas de uso de las diversas áreas normativas referibles a centros de imputación impersonales, no sólo no significa, como hemos señalado, vanificar la dinámica realidad social o «substrato real» de los fenómenos de subjetividad colectiva, ni nominalizar el concepto de persona jurídica, sino que consiente más bien en que el procedimiento de la personificación pueda reencontrar buena parte de la profundidad de sus significados históricos. En efecto, puesto que desde este prisma emerge al primer plano su visión como instrumento jurídico para resolver problemas reales, es decir, al servicio de prácticas socio-económicas, incluso a costa de deformarse y reformándose continuamente, resulta posible una progresiva reintegración en la esfera de la «juridicidad»

(52) Cfrs. P. RESCIGNO, «*Inmunità e privilegio*», Riv. dir. civ. *op. cit.* p. 430. Lo que no quiere decir que el concepto de persona jurídica, como el de persona, sea «arbitrario», pues el «curso de su evolución muestra quizás mejor que nada, junto a desviaciones circunstanciales, la permanencia de ciertas notas, cuando una institución es calificada de persona *ficta*, representada, moral, mística o jurídica». Cfrs. F. DE CASTRO, *La persona jurídica. op. cit.* p. 144, quien confirma cómo la persona jurídica se ha «formado, deformado y reformado bajo el impacto de las circunstancias...» *ibidem*.

de diferentes aspectos que el positivismo formalista relegaba a la zona de lo «prejurídico» o «metajurídico» (53).

La consecuencia es doble: por un lado, se recupera para el procedimiento de valoración jurídica, es decir, para la reflexión hermenéutica, tanto el contenido normativo del concepto de persona jurídica, como el concreto ámbito normativo en el que el mismo está destinado a operar, excluyendo todo conceptualismo universalista y omnicomprensivo (54); por otro, se revitaliza una tendencia a dejar emerger la identidad colectiva de los fenómenos organizativos, dando lugar a «actores colectivos» que trascienden los intereses individuales, pero depurando al mismo tiempo toda orientación de las metáforas organicistas o de la parábola de la vida de la «concepción realista» tradicional. De esta manera, la creciente atención a la dinámica realidad social de estas personas —entendidas como cualitativamente diversas de las personas físicas— significa, en definitiva, que el concepto vuelve a «*ser tomado en serio*», evidenciando nuevos perfiles capaces de dar cuenta de las persistentes funcionalidades de esta «forma» respecto a las nuevas estrategias del poder económico y a los propios resultados sociales de la empresa.

En conclusión, el problema jurídico planteado por aquel concepto ilustra inequívocamente la especial necesidad de una interpretación «pragmática» o empírica de una Teoría del Derecho que no se limite sólo al análisis de las normas —*substrato normativo* del concepto— sino que atienda a la observación de los hechos sociales —*substrato real o social*—. De modo que, coherente con el propio dictado y espíritu del art. 9.2, y consciente de la permanente tensión dialéctica entre realidad económica y realidad jurídica, la única vía de adecuada reconstrucción del paradigma de la persona jurídica, resulta ser sólo aquella capaz de asegurar una valoración equilibrada, siempre inestable y abierta a continuos cambios, entre ambos «universos» de la Teoría y el Método del Derecho —normativo y fáctico— (55).

(53) En este sentido expresivas y contundentes son las palabras del prof. F. DE CASTRO, que subraya como, al igual que el resto de las figuras o conceptos jurídicos, la persona jurídica «está basada o es exigida por realidades sociales: un grupo étnico, un municipio...*un consorcio financiero o industrial* tienen por sí mismos una exigencia de relevancia jurídica, mayor o menor, que no debe ser desconocida por el Derecho». *ob. cit.* p. 264. Para este «redescubrimiento» de la «dimensión social» de la persona jurídica, y paralelamente de la empresa, y la creciente expansión del área de acción de los sujetos personificados. *cfrs.* G. TEUBNER, «*Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*», n. 36, *Am. Journ. Comp. Law.* p. 131.

(54) La relatividad y funcionalidad del concepto aparece ya intuida por PUIG BRUTAU, que es plenamente consciente de que el concepto de persona jurídica «no es un concepto con validez general. El mismo Derecho español carece de sentido uniforme debido a que tampoco es un concepto que se refiera directamente a la solución de un problema, sino que trata de establecer un *enlace* entre una serie de normas y una serie de hechos». Comentario del traductor, *ob. cit.* p. 302.

(55) Orientación que reclama la atención vigorosamente sobre la necesidad de una ciencia jurídica entendida como modo de pensar por problemas y orientado a valores. *Cfrs.* al respecto L. MENGONI, «Ancora sul metodo giuridico», *Riv. dir. civ.* 1984, espec. pp. 332 y ss. Sobre esta orientación «pragmática» de la Teoría del Derecho, como factor o instrumento crítico *vid.* L. FERRAJOLI, *ob. cit. ibidem*. Para un panorama o mapa general de esta creciente orientación empírica o pragmática de la Teoría del Derecho *vid.* G. ZACCARIA, *ob. cit.* pp. 3 y ss.

Y es justo esta visión articulada o integrada de los diversos aspectos, normativo y social o «real», de la subjetividad colectiva en que se concreta la técnica de la personificación, la acogida por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, éste, en su creciente preocupación por el problema de la «capacidad de derechos fundamentales» de este tipo de personas, ilustra paradigmáticamente las nuevas claves de lectura y el sentido de la evolución del problema de la persona jurídica como problema hermenéutico. Es decir, de comprensión del funcionamiento y efectivo sentido de una específica normativa en relación a un problema real o suscitado por la actual dinámica histórica de los grupos de intereses implicados, y que debe ser resuelto precisamente atendiendo a estos esquemas de intereses, principios y valoraciones que constituyen el «substrato último» del concepto y de la disciplina que condensa (56). La

(56) En este sentido, la afirmación según la cual la persona jurídica es una «creación del Derecho», correspondiendo únicamente «al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos...» (necesidad de una valoración del substrato normativo del concepto) —STCo 23/1989, 5.3—, no es contradictoria, antes se condicionan y se exigen recíprocamente, con su rotunda doctrina según la cual la «plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» —STCo 64/1988, 12-4 y 137/1985, 17-10—. Con ello, al fondo normativo le añade un fondo sociológico o material y un fondo teleológico y valorativo. Con esta construcción, el TCo, parece desautorizar a aquéllos que consideran que «en base a nuestro Derecho positivo, se puede llegar sin mayor dificultad a la —nuestro juicio— esencial conclusión de que, con ocasión de la recepción en los textos legales de los términos y de las nociones de «persona jurídica» y de «personalidad jurídica» referida a entes sociales, queda realmente *consagrada la concepción formalista* de la personalidad jurídica...», además de consagrar el «dogma del hermetismo», *cfrs.* F. VALENZUELA GARACH, *ob. ultim. cit.* p. 365. Nuestra opinión sin embargo es radicalmente contraria. Primero hay que tener en cuenta la propia vaguedad e inexpressividad, y el confusionismo de la calificación de «formalista», pues no todos los autores entienden por tal la misma reconstrucción —él sitúa el formalismo en el reconocimiento de sujetos de Derecho distintos a los hombres de «carne y hueso» como verdaderos titulares de una relación, pero esta visión puede aparecer todavía más formalista si se tiene en cuenta que la observación de la actual experiencia y cultura jurídicas ponen de relieve el generalizarse de distintos intereses impersonales, sociales, difusos, colectivos, que no pertenecen individualmente a los hombres sino en modos cualitativamente diversos, y que no resulta nada extraño considerarlos como nuevos centros de imputación normativa, enriqueciendo la experiencia jurídica, siempre que se tenga clara la diferencia cualitativa entre unos sujetos y otros. Por otro lado, y es la razón más importante, creemos que una determinada concepción no es nunca el resultado de un hecho legislativo, sino que es el resultado de una calificación compleja en la que intervienen diversos momentos -legislativo, jurisprudencial, la propia práctica económica y la misma imagen del público en general, y por supuesto de la orientación doctrinal dominante-. En este sentido, para la configuración de la persona jurídica con arreglo a la teoría de la ficción o la óptica formalista *vid.* SS. sobre la cláusula del levantamiento del velo, que parten de la persona jurídica como «forma legal (de obligado respeto) que las dota de independencia». *Cfrs.* por todas SSTS 28-5-1984 y 16-10-1989 ar. 6925. Con lo que se produciría aquí un «solapamiento de ficciones jurídicas». *Cfrs.* F. GALGANO, *Delle persone... op. cit.* p. 94 y, sobre su estela, PAZ-ARES,

persona jurídica, en la conceptualización del TCo, queda configurada como un instrumento para resolver problemas reales de conformidad a criterios de la realidad y a criterios de protección y efectividad de las posiciones subjetivas reconocidas en el Ordenamiento, así como de otros esquemas de intereses, principios y valores de interés general. En definitiva, el problema de la persona jurídica, como problema hermenéutico en sentido estricto, no es un mero problema de técnica jurídica sino que ésta debe incorporar, a la vez, criterios de justicia (57).

Precisamente este redescubrimiento de la dimensión real del concepto y la confirmación de la persona jurídica como instrumento jurídico para resolver problemas reales, por un lado, y la confirmación de su relatividad e «historicidad», por otro, permite marcar una significativa apertura hacia la reconstrucción del grupo de empresas como un *nuevo y cualitativamente diverso modelo evolutivo de organización económica y como una diversa técnica o metodología de ejercicio colectivo de la actividad empresarial*. Lo que consiente avanzar significativos pasos en el proceso de comprensión jurídicamente significativa de tales estrategias organizativas, en la medida en que representa una vía idónea para dirigir el esfuerzo del operador jurídico hacia la determinación de aquellas indentidades colectivas de los modelos de organización económica.

Ahora bien, a tal fin se necesita la proyección de una imagen de éstos no como estructuras sociales estáticas, sino como efectivos «subsistemas» máximamente dinámicos orientados hacia una «apertura sobre el ambiente» externo y externo, en función de la activación de la múltiples diversificación de «formas» jurídicas adoptadas por las organizaciones para el ejercicio de una actividad económica y para el despliegue, al tiempo, de un poder efectivo de dirección sobre determinados sujetos (58). Según una evolución emblemáticamente puesta de relieve

op. cit. p. 1593. Como veremos más adelante, realmente aquí estamos ante el conocido fenómeno de la *paradoja de la teoría realista*, según la cual la realidad social de la persona jurídica está en su configuración como realidad jurídica.

(57) Partiendo de una concepción general del Derecho positivo como técnica de ordenación o regulación de las relaciones sociales «con criterios de realidad y de justicia», que permitan acomodar o «sincronizar» el Derecho positivo a las cambiantes realidades sociales, entre otras vías, a través de la intervención jurisprudencial, una interesantísima línea jurisprudencial del TS, manifestaba la conveniencia de recordar «la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del Derecho a las llamadas «personas jurídicas», y que no es otra que «la traducción jurídica de un fenómeno empírico». *Cfrs.* STS 15-7-1988 ar. 5722. Resuenan ampliamente los ecos de las magistrales reflexiones del prof. F. DE CASTRO, en formulaciones todavía hoy no superadas y que recorbran un renovadísimo interés en la actual fase del capitalismo moderno, *vid. La persona jurídica. passim*.

(58) Para la importancia de esta «apertura hacia el ambiente» *vid.* desde el punto de vista empresarial, L. CASELLI, *op. cit.* p. 28, y desde una perspectiva económica A. SUPLOT, *op. cit.* pp. 625 y 626; y G. VARDARO, «Prima e dopo la persona giuridica... *op. cit. passim.* partic. pp. 207 y ss.

por las propias dinámicas estratégicas y operativas de la *actividad y organización de grupo*, como metodología de gestión resultante de un proyecto complejo que combina, contradictoriamente en un inestable equilibrio y tensión dialéctica, elementos de unidad y multiplicidad —unidad múltiple de la empresa de grupo— y factores de cierre o clausura y de apertura hacia su ambiente o contexto relacional externo —autónomo complejo impersonal de actividades o *corporate actor*— (59).

En primer lugar, la revitalización de las perspectiva del «substrato real» y de la identidad colectiva, que no reduce el concepto a mero expediente organizativo sino que en él se condensa toda una estructura de gobierno y por tanto la referencia a una constelación de grupos de interés, desautoriza científicamente un extremo «individualismo metodológico». El abandono de esta orientación resulta obligada si se considera que, en la medida en que conduce a la mera nominalización y disolución de los sujetos colectivos en meros «símbolos verbales», y a representar el complejo organizativo como una simple red de relaciones contractuales (*transactional network*), no permite aferrar adecuadamente en clave jurídica, el «substrato real unitario» —unitariedad que no unidad del centro de decisión y el ejercicio de un poder directivo y organizativo unitario—, característico de la estructura y del funcionamiento de la organización económica del grupo.

En segundo lugar, la necesaria «relatividad» e «historicidad» del concepto de persona jurídica, hoy aceptada de modo prácticamente unánime por los partidarios de las concepciones neorealistas, normativistas y nominalistas confirma la primacía que adquiere el «contexto normativo específico» en el que el poder de dirección y organización del empresario viene actuado, que adquiere una *directa relevancia para su comprensión jurídica*. La crítica de la *metodología organicista o naturalista* que este nuevo paradigma de la persona jurídica induce, consiente recuperar para el procedimiento valorativo característico de la reflexión metodológica y hermenéutica, los diversos «estatutos normativos» y «reglamentos de intereses jurídicos» referidos a los sujetos protagonistas del sistema de acción colectiva propio de la empresa con estructura compleja. Lo que significa, en última instancia, reenviar a los respectivos

(59) Cfrs. G. TEUBNER, «Unitas Multiplex...» *op. cit.* pp. 67 y ss. La propia técnica de personificación aparece como un «decisivo paso hacia una completa clausura operativa, que al tiempo mismo significa un nuevo tipo de apertura ambiental, es decir, un paso hacia aquel vínculo entre clausura y apertura que es típico de los sistemas autopoyéticos y que está en la base de su éxito operativo». Cfrs. G. TEUBNER, «Enterprise corporatism...» *op. cit.* p. 144. Acepta esta visión G. MELIADO, *I rapporti di lavoro... ob. cit.* p. 46. En definitiva, es en este cambiado contexto, más rico y articulado, que las personas jurídicas dejan de ser «personas inertes» y vuelven a ser «tomadas en serio» (DWORKING, *Law's Empire. The Belknap Press*. London, 1986, p. 171, que señala: «De personification is deep: it consists in taking the corporation seriously as a moral agent».

criterios o parámetros interpretativos de los diferentes sectores jurídicos, en relación al cual el criterio de la persona jurídica aparece como totalmente extraño (60). De modo que aflora una nueva y aparente paradoja: el propio sentido de la evolución del problema interpretativo de la persona jurídica conduce a una inversión metodológica, que propone un fundamento constructivo y un principio de solución diverso de esta tradicional conceptualización, a la hora de reconstruir las relaciones jurídicas en las empresas colectivas de grupo.

Desde esta perspectiva, la cuestión que se plantea ahora es la de verificar si, el problema de la comprensión jurídica del modelo de la empresa de grupo, puede encontrar un adecuado planteamiento y un satisfactorio principio de solución a través de la moderna conceptualización de la persona jurídica, con la que ciertamente interfiere en diversos aspectos. Y ello fundamentalmente en relación a las construcciones más extendidas en nuestro país y en buena parte de los ordenamientos occidentales y que representan la opción metodológica dominante a la hora de afrontar el problema *de quo*: la tradicional configuración de la persona jurídica como privilegio y, sobre todo, las diversas formas del «levantamiento del velo».

2. UNA NUEVA ESTACIÓN DE «INMUNIDADES» Y «PRIVILEGIOS» LA INCORPORACIÓN DEL SISTEMA DE LA PERSONA JURÍDICA A LAS NUEVAS FORMAS ORGANIZATIVAS COMO VEHÍCULO DE NORMALIZACIÓN DE LA ANOMALÍA EN EL ORDENAMIENTO.

2.1. La contradicción entre la «observación legal» y la «realidad social» como principio organizativo de la empresa: la renovación de los presupuestos para una restauración del equilibrio normativo e institucional roto por la práctica económica.

Cuando parecía que la idea de persona jurídica, a través de la revalorización y reinterpretación de su «dimensión real» —según hemos señalado— había reencontrado buena parte de la profundidad de sus sentidos históricos, corrigiendo la radicalidad

(60) Que el problema de la persona jurídica, como el de la subjetividad, como en general todos los conceptos jurídicos, se resuelve en su «historia» —lo cual viene plenamente convalidado por las tendencias normativas actuales, particularmente en el ámbito comunitario— significa que la individualización de las figuras jurídicas subjetivas, o los centros de referencia o imputación, es un *problema de (re) estructuración de los diversos ordenamientos y de las distintas áreas normativas que definen los estatutos jurídicos de los sujetos* en este caso de los que entran en relación con la empresa, y que por tanto no pueden desconocer las peculiaridades culturales, y los propios principios sobre los que se articulan tales sujetos. *Cfrs.* R. ORESTANO, *op. cit.* p. 268.

de aquella concepción que por largo tiempo pretendió desconectar sistemáticamente el *carácter relativo de la autonomía jurídica* de los sujetos colectivos, así como una plena «neutralidad» en orden a resolver determinados problemas incluso propios del Derecho de Sociedades (61), tal proceso parece invertirse de nuevo en relación a las complejas problemáticas suscitadas por los nuevos modelos de empresa y por las nuevas estrategias de flexibilidad. En efecto, la persona jurídica, lo hemos dicho, recupera una significativa utilidad para la conformación de estas nuevas estructuras organizativas y de la acción de los poderes económicos y empresariales del actual sistema financiero y productivo, en cuanto estrategia jurídica que asegura la «autonomía patrimonial» y la «alteridad subjetiva» de los distintos componentes del complejo, entendidas como «condiciones de éxito» insuprimibles, según un difundido convencimiento. Nos referimos tanto a la «*forma-grupo de empresas*», como a la empresa individual de responsabilidad limitada, organizada sin embargo bajo la «*forma de sociedad unipersonal*», en las cuales la persona jurídica y la consecuente «autonomía jurídico-patrimonial» aparecerían, al menos aparentemente, como la propia y verdadera razón de ser de estas nuevas formas empresariales (62). El concepto parecería prestarse a un nuevo proceso de «definición», de simplificación problemática e incluso de convalidación o, paradójicamente, de «normalización» de situaciones manifiesta y profundamente anómalas desde el punto de vista sustancial o social, es decir, desde el tradicional «substrato real» del concepto, identificado éste, claro está, con un substrato de tipo asociativo personal, y no con un substrato corporativo jurídico, según la concepción de la ficción y la normativista.

(61) Así, no produce «consecuencias prácticas de importancia el hecho de que la sociedad colectiva tenga o no tenga atribuida personalidad jurídica». *Cfrs.* PUIG BRUTAU. *Coment. Trad. op. cit.* p. 304. En el mismo sentido F. GALGANO, que confirma como la «alternativa sí el grupo sea o no sea persona jurídica —tan proclamada en las premisas desde las cuales los jueces declaran moverse— no juega, según la prueba de los hechos, ningún papel determinante de la decisión», *Le società in genere. Le società di persone*. Giuffrè. Milano, pp. 146 y ss.

(62) No cabe desconocer las conexiones entre estos dos diversos instrumentos, hasta el punto que, como se ha señalado recientemente, las S.R.L. de socio único pueden constituir un precioso y válido instrumento para la creación de grupos de empresas, de lo que es consciente la propia Directiva comunitaria que hace referencia hasta más que segura conexión, al prever expresamente que los Estados nacionales puedan establecer medidas específicas en espera de la futura coordinación de las legislaciones nacionales en materia de derecho de los grupos. Tal nuevo tipo social ha sido reconocido y legitimado en diversos países europeos y recibido también a nivel comunitario en la XII Directiva del Consejo n. 89/667/CEE 21-12, (D.O.C.E n. L 395/40 de 31-12-1989). *Vid.* Los dos estudios señalados de los profesores J. DUQUE DOMÍNGUEZ, y ALONSO UREBA, en las páginas de RDBB. 1991 *op. cit.* Una evaluación que confirma el legislador societario más reciente al introducir en nuestro derecho positivo las «sociedades unipersonales» en los arts. 125 y ss. de la Ley 2/1995, 23.3.

De modo que, la concepción «fuerte» de la persona jurídica tornaría con un renovado poder «taumátúrgico», para dar respaldo jurídico a una representación del fenómeno de la actividad de gestión y organización de la actividad de empresa asentada tradicionalmente sobre una doble afirmación: por una parte, la conocida insensibilidad de las diversas esferas de interés relativas a un mismo «sujeto real», es decir, la persona física, por otra, pretendería revalidar la supremacía del perfil societario sobre el propio de la empresa como organización de una actividad económica, identificando la estructura societaria con la estructura organizativa de la empresa (63). Sin embargo, el propio debate sobre la «naturaleza jurídica de la empresa» y la creciente emancipación de su base personal y paralela autonomía como complejo impersonal de actividades, deben interpretarse como intentos de excluir la autorreferencialidad y la propia «reflexividad» del Derecho societario, tratando de distinguir precisamente entre las nociones de «empresa», «persona jurídica» y su substrato real (64).

En todo caso, las nuevas funciones que vendría a asumir la persona jurídica, en relación a estos nuevos modelos organizativos —a través de una organización subjetivamente plural o bien unipersonal—, entendidas ambas como estrategias de *desregulación*, o mejor, de *flexibilización* de las metodologías de organización y gestión empresarial, repropone con renovada intensidad el tema clásico de las «inmunidades» y «privilegios» en el sistema jurídico contemporáneo, particularmente presentes en las nuevas formas de organización colectiva de los intereses empresariales, tanto de tipo económico como —según una distinción hoy urgida de una seria revisión, y en cualquier caso altamente relativizada— de tipo social. Como se ha observado con toda lucidez (65),

(63) *Cfrs.* La propia resolución de 21-6-1990 DGRN fundamento tercero y los comentarios del prof. A. ALONSO UREBA, que explica confirma la imagen de la sociedad de capital unipersonal como un «eslabón en la propia evolución de las formas societarias capitalistas, en el sentido de ser un claro exponente del proceso de institucionalización de las mismas, particularmente de la sociedad anónima, en cuanto formas organizativas de la empresa que se independizan de su substrato originariamente asociacional». *Cfrs.* p. 115. Sigue así las conocidas teorías puestas de relieve en Francia por PAILLISEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise. op. cit. passim.* partic. pp. 4 y ss. y 24 y ss.; y en Italia, *vid.* S. SCOTTI CAMUZZI, «La società con unico azinista come premessa tipica del gruppo societario». *Riv. delle Soc.* 1976, p. 464.

(64) *Cfrs.* G. TEUBNER. «Enterprise Corporatism...» *op. cit.* p. 153.

(65) *Cfrs.* P. RESCIGNO, quien pone de relieve como «también a la democracia de nuestro siglo le tocara el destino de las revoluciones liberales que la han precedido: remover o atenuar antiguas formas de desigualdad, pero en tanto crear nuevas, más sutiles e insidiosas», *ob. cit.* p. 399. Para esta visión de la persona jurídica y la crisis que supuso para la misma el «desvelamiento del aspecto político-social» respecto a su significado de privilegios concedidos «en contra de la igualdad jurídica», es decir, «respecto de su significado de privilegio clasista, al conceder la irresponsabilidad al comerciante, aun cuando la sociedad carezca de realidad asociativa; es decir, cuando la separación del patrimonio del socio y de la sociedad no existe verdaderamente» *vid.* F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 241 y ss. *cit.* p. 241.

la sociedad moderna, lejos de asistir a la eliminación de estos expedientes de exclusión de la observancia del Derecho común, ha podido ver como junto a antiguos estatutos privilegiados nuevos florecían y se consolidaban, especialmente en lo referente al «estatuto del empresario». En este contexto, los nuevos «tipos» organizativos colocan entre una de sus finalidades básicas una razón de mimetismo jurídico, que hace aparecer la persona jurídica nuevamente como punto de referencia de privilegios y de normas francas del derecho común, con objeto de alcanzar una máxima flexibilización o libertad de acción respecto del sistema de vínculos existente (66).

En este sentido, la gran libertad de la que goza el legislador, cuando se trata de individualizar los fenómenos sociales a los cuales dar la capacidad jurídica, facilita enormemente que, una sociedad mercantil, aun careciendo de propia o significativa autonomía económica y social, venga reconocida como alteridad subjetiva. Consecuentemente, en el fondo, estas empresas societarias existen en la realidad del tráfico económico y social única y exclusivamente en la medida en que el Derecho la «constituye» o la «crean», como nuevo y distinto centro subjetivo de imputación. Desde esta óptica, la eventual generalización de la empresa con «*forma de sociedad unipersonal*», y la ya consolidada hegemonía de la empresa con «*forma de grupo societario*» —en la que en numerosísimas ocasiones de la experiencia práctica se comprueba la escasa autonomía de las sociedades integrantes—, ofrecen un ejemplo inequívoco de la propia «funcionalidad» o «instrumentalización» de la autonomía del sistema de Derecho por parte de las fuerzas productivas (67).

Es por eso que, el nuevo complejo de «inmunidades» y privilegios, en uno y otro caso, derivan directamente del concepto de persona jurídica como fundamento constitutivo o como estrategia jurídica de los «nuevos» tipos de organización empresarial que precisamente parten,

(66) Considera sin embargo que no se trata de auténticos privilegios sino de una real diversidad de situaciones de disciplina entre las situaciones individuales y aquéllas colectivas G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*. Giuffrè. Milano. p. 51. Recuerda, sin embargo, la dimensión de privilegio CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Op. cit. pp. 128 y ss.

(67) En términos de implementación social de las prescripciones legales se asiste a una hipótesis emblemática de aprovechamiento o explotación social de la autonomía del sistema jurídico. Cfrs., G. VARDARÒ, «Prima e dopo...» ob. cit. p. 214. Para la imagen del sistema legal como «observación externa de una autoobservación», cfrs. G. TEUBNER, «Enterprise Corporatism...» ob. cit. p. 140, y para la afirmación de la autonomía del sistema jurídico, entendido como esta observación externa de la realidad social autoorganizada, dentro de sus conocidas propuestas sobre sistemas autopoyéticos, autoreferenciales o reflexivos del Derecho, cfrs. mismo autor en «Industrial Democracy Through Law? Social Functions of Law in Institutional Innovations», en T. DAINITIU-G. TEUBNER (eds.), *Contract and Organization. Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, 1986, a propósito de la ley como «external simulation of internal self regulation» p. 269.

por definición, de un espejismo óptico, de una ilusión jurídica, consistente en la no *correspondencia entre sus estructuras sociales y sus estructuras legales*, ya que presenta formalmente separado lo que, desde el plano de los contenidos económicos y de gestión empresarial, constituye una insuprimible unidad. Y una experiencia jurídica consolidada —tanto en el Derecho Societario como en el Derecho del trabajo— acreditan inequívocamente las amplias posibilidades teóricas y efectivas que el reconocimiento del privilegio del poder de hecho sin responsabilidad abre a «usos desviados», que no encuentran más límite que la propia fantasía o imaginación de los sujetos protagonistas.

De modo que habría razones más que suficientes para considerar ambas formas organizativas de la actividad de empresa como una «anomalía profunda en el ordenamiento jurídico» que se sustenta sobre la «artificiosa descomposición del sujeto jurídico, detrás del cual se esconde un poder económico unitario» (68). Particularmente la forma grupo, en cuanto un complejo proyecto de «ingeniería jurídica» orientado a establecer un sistema de delegación fiduciaria del poder de empresa —derivado tradicionalmente de la titularidad propietaria y de la asunción del riesgo— en formas y modos que den lugar, en la situación creada de hecho, en una «estructura irreversible y sustraída al poder de influencia de los detentadores de la propiedad y de los que asumen el riesgo» (69). Lo que, en cualquier caso, hace de la persona jurídica un *significativo factor de flexibilidad social*.

Es justo esta imagen de instrumento de flexibilidad social y económica, lo que nos permite entender como estas nuevas formas organizativas, además de configurarse como recursos innovativos y evolutivos de las fuerzas productivas, se presentan al mismo tiempo como factor «desfigurador» e incluso «deformador» de los tradicionales fundamentos constitutivos de la organización de la empresa y del mercado. Sin embargo, los nuevos usos de «viejos» instrumentos ofrecen una significativa sorpresa, al evidenciar una decisiva particularidad. La novedad y a la vez el *experimentum crucis* de las inmunidades y privilegios, que la interiorización o «colonización» del sistema de la persona jurídica por parte de las nuevas formas de organización empresarial genera, ra-

(68) Cfrs. E. RULLANI. «Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia». En *Gruppi di imprese e nuove regole*. F. Angeli. Milano. 1991, *loc. cit.* pp. 131 y 135.

(69) Cfrs. E. RULLANI. *op. cit.*, p. 131. Así, este autor considera que la «función económica del grupo» ha sido precisamente «introducir en el ordenamiento la anomalía de una transferencia "injustificada" de poder. Obviamente injustificada desde de los principios privatistas de autonomía contractual, y no desde el punto de vista de un interés público, político, a determinar una transferencia del poder útil a la evolución económica, útil a la construcción de nuevas formas de organización industrial», *op. cit.* p. 133.

dica en la tendencia de estos «privilegios» a convertirse en algo perfectamente «normal», es decir, objeto de pretensiones jurídicas, configurándose como un valor positivo, por tanto, merecedor de específica tutela por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, nos encontramos, con una *extraordinaria capacidad de movilidad de las fronteras entre los usos «normales» y aquellos usos «anormales» de las formas jurídicas* dispuestas por el Ordenamiento para el ejercicio de la actividad económica, fundamentalmente en lo referido a las metodologías de gestión de los recursos productivos, tanto los de carácter propiamente económico o referentes al capital o financieros como los relativos a la gestión de los recursos personales —impropiamente «capital humano»—. Instrumentos antes considerados como inadmisibles, por su significación patológica o negativa desde el punto de vista de la justicia material, pero también por su propia «deformación teórica» desde el punto de vista técnico jurídico, emergen hoy, en aras de alcanzar mejores y más altas cotas de «flexibilidad» y de capacidad de gestión del sistema productivo, como merecedores de un específico reconocimiento y de una sólida tutela por parte del Derecho de Sociedades, que camina hacia esta imagen favorable o positiva de las mismas (70).

Desde esta óptica, es posible afirmar que, no sólo resulta inútil e inconveniente sino también ideológico y mistificador para la comprensión jurídica de situaciones relativamente nuevas, el generalizado recurso a la distinción, aparentemente clara y firme, entre «patología» y «fisiología», o entre «grupos buenos» y «grupos malos» o «abusivos», o entre usos fraudulentos o no fraudulentos del «artificio de grupo». Lo que resulta manifiesto por la razón de que la anomalía aparece insita en su función económica originaria, según es posible advertir cuando se profundiza en los problemas que, en teoría el Derecho debe intentar normalizar. Por tanto, toda orientación metodológica que pretenda articularse sobre una nítida y radical separación o contraposición entre «fisiología/patología» de grupo, no sólo resulta difícil, dadas las crecientes dificultades para delimitar el área de frontera entre ambas situaciones, sino que además resulta altamente improductiva, revelándose como un esquema reductivo y desviado, que termina reproponiendo una nueva falsa partida o una falaz dicotomía, en definitiva un nuevo falso problema (71).

(70) *Cfrs.* para esta intrínseca o incluso inmanente anomalía o «sin razón», en relación a la empresa individual de r.l. por todos las durísimas críticas de F. DE CASTRO, *ibidem*, para una vuelta total de la argumentación, abogando por la intrínseca fisiología o funcionalidad de estas figuras, en cambio el discurso moderno del prof. J. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ibidem*. En general *vid.* P. RESCIGNO, *ob. cit.* p. 421.

(71) *Cfrs.* E. RULLANI, quien considera que sencillamente esta vía de trazar las fronteras entre fisiología y patología es sencillamente inactuable teóricamente: «*impercorsibile sul piano teorico*» *ob. cit.* p. 134.

Existe, por tanto, una estrecha conexión o un cierto enlace, entre los aspectos de patología y de naturaleza fisiológica, inherentes a estas estrategias de desarrollo de la «innovación» y de evolución en el campo de la organización de la actividad de empresa, que combina indisolublemente el innegable objetivo de optimización de los métodos de producción, con los fenómenos de relativa «fuga» o «huida» del conjunto de vínculos puesto, en diversos niveles y según distintos estatutos normativos, por el sistema jurídico, con relevantes consecuencias no sólo para modelo de desarrollo social y laboral, sino también para el modelo económico, en cuanto alberga enormes potencialidades de distorsión del modelo de mercado competencial. De esta manera, en esta línea de *desvelamiento del renovado aspecto político-social de privilegio*, puede resultar útil indicar que, tal planteamiento, tiene la virtualidad de confirmar y, al mismo tiempo, impulsar un fenómeno jurídico de carácter general, orientado a reclamar un adecuado campo de actuación para los diversos instrumentos de control externo de los diferentes perfiles de la organización económica, incluido el reconocimiento del carácter unitario de los centros de interés personificados.

Ahora bien, es justo respecto a la articulación de este objetivo de mayor alcance —establecimiento de adecuados instrumentos de control público y social de la organización de la actividad de empresa— que, esta imagen del Derecho de los grupos como Derecho privilegiado, muestra sus propios límites de fondo, tanto por defecto como por exceso, perpetuando una extrema hipervaloración e «hipostatización» de esta conceptualización.

2.2. Límites de la reconstrucción del Derecho de las nuevas formas organizativas de la empresa como un Derecho privilegiado: permanente autorreferencialidad del concepto de persona jurídica respecto al problema de organización de la empresa.

En efecto, esta orientación, pese a ofrecer algunas útiles indicaciones para un análisis menos unilateral y más articulado del fenómeno —en cuanto facilita, como acabamos de advertir, la comprensión de una particular necesidad de introducir específicos vínculos al ejercicio de la autonomía privada a través de *acción como grupo o como coalición* de los agregados económicos— evidencia serias limitaciones en relación al problema jurídico suscitado por estas nuevas formas organizativas.

En primer lugar, no es posible desconocer el proceso histórico de la persona jurídica que ha llevado a un enriquecimiento de su problemática, poniendo de relieve su significación polivalente o polifuncional. De modo que su intrínseca neutralidad y relatividad, consiente diversas

posibilidades de servir para *usos ambivalentes*, de tal manera que no se puede identificar sólo con la idea de privilegio, sino que en ocasiones aparece como propia «fuente de perjuicios» para propio socio (72). En segundo lugar, esta visión sigue fuertemente condicionada por la imagen de una relación unidireccional entre los conceptos de persona jurídica y limitación de la responsabilidad, cuando la realidad de los diversos ordenamientos nos muestra el carácter extraordinariamente controvertido de los ligámenes entre ambos conceptos (73). En definitiva, el privilegio o el beneficio de la responsabilidad limitada —excluyente por tanto de la aplicación del art. 1911 Cod. civ.— es sólo el resultado de una determinada opción de política del Derecho, y consecuentemente de un determinado régimen jurídico, y no un efecto automático o mecánico y directo de la técnica de la personificación (74).

Finalmente, y sobre todo, esta perspectiva no permite aportar satisfactorios parámetros para comprender, en positivo, la complejidad de los nuevos referentes con los que deben hacer las cuentas los diversos estatutos normativos, en su interacción con el sistema global de

(72) Para esta posibilidad de un uso «alternativo di norme» vid. B. INZITARI, «La "vulnerable" persona giuridica», *Contratto e Impresa*, p. 691, vid. también ANGE-LICI, «Recenti decisionii in tema di interesse sociale e personalità giuridica», *Giur. comm.*, 1977, I, p. 948, y par. 957, en perspectiva de derecho comparado, en relación a la doctrina jurisprudencial alemana.

(73) En este sentido, la doctrina ha puesto de relieve y las tendencias normativas del ordenamiento contemporáneo vienen confirmando, tanto las mutuas interferencias como las diversidades conceptuales entre tales nociones. De ahí que creemos inadecuada la orientación que postula una identificación entre los conceptos de «autonomía patrimonial» y persona jurídica, de tal manera que la personalidad se haría «casi sinónimo de la autonomía patrimonial y conocido que ésta pueda ser de distinto grado, se genera la consideración de que la personalidad jurídica sea una *cuantificable*...». Cfrs. F. VALENZUELA, *op. cit.* p. 363, de ahí que se pueda hablar de «personas perfectas» o «personas imperfectas» o de la «cuasi personalidad». Pero tampoco esto constituye una afirmación adecuada, la personalidad es un atributo cualitativo, depende de determinadas normas, y por tanto no se subordina ni se condiciona como tal a su grado de autonomía patrimonial: la personalidad jurídica o se tiene o no se tiene, pero no se tiene más o menos personalidad jurídica. Es algo cualitativo y no cuantitativo. Aquí está presente la confusión generalizada entre persona jurídica y sujeto de Derecho, y entre éstos y el concepto de autonomía patrimonial. Que la subjetividad es «insusceptible de valoración cuantitativa» es reconocido por F. GALGANO, siguiendo una afirmación de FALZEA, «Società con e società senza personalità giuridica», *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. III. *L'impresa a le società*. Cedam. Padova, 1990, p. 285. Más aún, si el goce de limitación de responsabilidad no es un indicio definitivo, ni siquiera uno de los más relevantes, para deducir una subjetividad jurídica, sí lo es en cambio la autonomía patrimonial.

(74) Ejemplo inequívoco de ello es la previsión de responsabilidad ilimitada para los socios de los «grupos» de interés económico pese al reconocimiento por el legislador español —no así el italiano— de personalidad jurídica propia y diferenciada. Vid. Ley 12/91, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés económico (A.I.G.).

empresa. Esta opción, pues, en cuanto vuelve a resolver el problema en una serie de sanciones y «derogaciones» al estatuto excepcional de la persona jurídica, acaba desconociendo su *novedad organizativa* y su función de instrumento de gobierno de la nueva complejidad del ambiente social. En consecuencia, la representación del derecho de los grupos como derecho privilegiado sigue asegurando, aunque en modo ciertamente menos rígido y riguroso, la prevalencia del perfil societario del complejo económico-organizativo sobre aquél, ciertamente más complejo y cualificado de la «empresa», y perpetua los equívocos de la óptica reconstructiva resumida en el binomio —ciertamente mal construido y mal resuelto— «grupo/autónoma personalidad jurídica» (75).

Y las teorías del «levantamiento del velo», también inspiradas en la única conceptualización, aunque corregida, de la persona jurídica, ¿constituyen una auténtica clave de lectura, reconstructiva y operativa, para comprender jurídicamente estas estrategias económicas, particularmente en lo referente a su «normalización» jurídico-laboral?

III. EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» COMO CLAVE PARA LA COMPRESION JURIDICA DE LA EMPRESA DE GRUPO: LAS LECCIONES DE UN METODO «A SUPERAR».

1. POR UNA «TOMA EN SERIO» EN TÉRMINOS DE POSITIVIDAD JURÍDICA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO»: CRÍTICA DE SU TRADICIONAL CONFIGURACIÓN COMO EXCLUSIVA MANIFESTACIÓN DE UN PURO JUSTICIALISMO DE OCASIÓN.

1.1. Irrenunciabilidad de la idea de positividad: Las teorías del *lifting* como hipótesis emblemática de un nuevo ciclo complejo del proceso de positivización del Derecho.

De esta manera planteado el debate, parece posible dar un nuevo paso, que nos conduce directamente a una cuestión ciertamente compleja, cual es la de valorar en sus propios términos las utilidades que, las diversas formas de la teoría del «levantamiento del velo jurídico», pueden ofrecer para una más correcta «racionalización» y disciplina de las relaciones jurídicas, en el interior de las *empresas colectivas con estructura de grupo*. La referencia es inescusable si se considera la fuerte acogida que tal óptica viene ejerciendo en la doctrina y jurisprudencia españolas,

(75) En este sentido, se ha observado que la idea de la persona jurídica como privilegio, si por un lado «no está en grado de reconstruir *ex se* los confines que encuentra la situación de privilegio (que necesariamente deben hallarse *ab extra*), por otro acaba con confirmar la hipóstasis de la persona jurídica (que de nuevo no se resuelve en el complejo de disciplinas propias de los sujetos colectivos...), *cfr.s.* G. MELIADO, *I Rapporti di lavoro... ob. cit.* p. 41.

aunque ciertamente con escasos aportes constructivos verdaderamente iluminadores del mecanismo de actuación de esta cláusula, así como de su significado crítico sobre el paradigma tradicional del positivismo jurídico.

Ya hemos tenido oportunidad de indicar cómo la persistente afirmación del principio de la indiferencia jurídica del grupo en sí mismo considerado, en modo alguno ha impedido a la jurisprudencia, y señaladamente la de orden laboral, el examen particularmente penetrante de los comportamientos de las sociedades vinculadas e integradas en un grupo, al objeto de verificar la existencia, en los casos específicos objeto de enjuiciamiento, de mecanismos dirigidos a mostrar como formalmente fragmentada una relación sustancialmente unitaria (76). En los planteamientos tradicionales de este problema, una de las cuestiones nodales ha vertido —y sigue todavía hoy vertiendo— sobre el interrogante en torno a la amplitud de la autonomía privada en el recurso a la figura de la sociedad persona jurídica (77).

(76) Ilustrativa de la filosofía dominante en la jurisprudencia y doctrina en materia es la STCT de 4-7-1984, *cit.*, que concluye afirmando que no atribuir la cualidad empresarial, con «todas sus consecuencias» al grupo como «colectivo patronal» como vía para evitar la elusión de responsabilidades laborales. *Vid.* el comentario crítico de EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades...» *ob. cit.* pp. 564-586. Esta misma visión del grupo como contexto de fraude *vid.* SSTs de 11-12-1985 ar. 6094, 3-3-1987 ar. 1321, 9-6-1987 ar. 4316, 8-6-1988 ar. 5256, 12-7-1988 ar. 5802, 12-12-1988 ar. 9592, 1-7-1989, ar. 30, 1. 1990, ar. 233, 3. 5. 1990 ar. 3946, entre otras; y STCT de 9-12-1988 ar. 8202, y 22-2-1989 ar. 97; y SSTSJ País Vasco de 19-1-1991 ar. soc. 269, y Cantabria de 27-1-1992 ar. soc. 88, entre otras. En doctrina para esta visión restrictiva *vid.* E. GONZÁLEZ BIEDMA, «La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales». Relaciones Laborales (RL) Tomo 1989-II, quien afirma que la responsabilidad del grupo «sólo puede reclamarse sobre la hipótesis de situaciones que pudiéramos calificar de irregulares... y, cuando, en suma, se usa abusivamente la figura de la personalidad jurídica». p. 220, también L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. MTSS. 1987, pp. 117 y ss.; F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español», Documentación Laboral (DL), n. 33, 1991, pp. 37-53. Más aperturista es la posición del prof. J. L. MONEREO PÉREZ, sobre la base de un concepto realista de empleador y una noción objetiva y socio-económica de empresa, *vid.* «Aspectos laborales de los grupos de empresas». REDT, n. 22, 1986, p. 117.

(77) La posibilidad de desarrollo en este marco ha estado siempre presente en los primeros y más clásicos estudios —y también los mejores— del problema, *cfrs.* R. SERICK, quien ponía de relieve cómo «un estudio completo» de los problemas que suscitan las «relaciones jurídicas entre sociedad madre y filial, *trust* y *Konzerns*», haría surgir situaciones de diversa clase que «autorizarían que se postergara la forma de la persona jurídica», *ob. cit.* p. 251, y PUIG BRUTAU, señalaba en su comentario de traductor que uno de los «grandes temas de nuestros días es el que nos ofrece estas sociedades jurídicamente independientes y económicamente dominadas», en las que es posible «vislumbrar un posible y amplio campo de aplicación de la *disregard doctrine*», *ob. cit.* p. 319. En la doctrina más reciente *vid.* por todos EMBID IRUJO, «La Regulación Mercantil de los Grupos de Sociedades». La Ley, 1989, id. «En torno al levantamiento...» *ob. cit.* p. 612 y ss. *vid.* R. DE ANGEL YAGÜE, *El levantamiento del velo de la persona jurídica*, *ob. cit. passim*, y para una perspectiva de Derecho Comparado *vid.* los diversos trabajos en el libro *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Quadem. Giur. Comm. 1987, pártic. *vid.* p. 74. Más recientemente *vid.* C. BOLDO RODA, *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid. 1993.

En este sentido, la plena conciencia de la dimensión instrumental de la personalidad jurídica en nuestra jurisprudencia, y su decidida opción a favor de la doctrina del «levantamiento del velo» como técnica de control de los «abusos» de aquel concepto, hacen de nuestro Ordenamiento jurídico —pese a la carencia de específicos enunciados normativos en orden a la represión de tales abusos— uno de los más sensibles a los temas actualmente claves de la transparencia contractual y organizativa y de la plena responsabilidad en la conducción de las relaciones económicas y sociales (78). De ahí que, esta doctrina, represente un estimable instrumento en orden a colmar lo que en otro caso habría sido considerada una «intolerable» laguna de regulación (79), en nuestra opinión, más aparente que real, dada la propia estructura del concepto que implica una «norma general de remisión» a un sistema jurídico global (80).

Esta «técnica» viene firmemente a «revisar» el sentido carismático y el «poder taumatúrgico» que una determinada «concepción» ha querido atribuir al concepto, subrayando inequívocamente las posibilidades y, al mismo tiempo los límites operativos, de esta construcción, en orden a garantizar —por expreso mandato constitucional *ex art. 9.1 y 9.2, y 24 CE*— la plena vigencia de dos Principios Generales del Ordenamiento Jurídico con fundamento constitucional. Es decir, por un

(78) Las múltiples inquietudes doctrinales en relación al tema del «abuso de la persona jurídica» y de ruptura del «hermetismo» y del carácter dogmático de la misma, ha dejado ahora ya de ser un mero horizonte para convertirse en un poderoso punto de impacto en la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo. La más reciente jurisprudencia viene afrontando reiteradamente y desde puntos de vista profundamente diversos, el tema de la autonomía subjetiva de la persona jurídica societaria. *Cfrs.* por todas últimamente SSTs de 2-4-1990 ar. 2687, 26-1-1991 ar. 9793 y 12-11-1991 ar. 8234; SSTs de 28-5-1984 ar. 2800, 24-9-1987 ar. 6194, 25-1-1988 y 20-6-1991. *Cfrs.* para la constatación de un uso sobre la base de presupuestos y finalidades diversos respecto a los usuales e históricos reclamados por la doctrina, en la jurisprudencia italiana B. INZITARI, «*La vulnerabile...*» *ob. cit.* y también en «*La repressione dell'abuso della persona giuridica*», *Le Società*, 1988, pp. 457 y ss. y para la doctrina española, en sentido abiertamente crítico, *cfrs.* EMBID IRUJO, «*En torno al "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de una sociedad anónima*», *Comentario a la STS Sala I, 2-4-1990, cit. La Ley*, Tomo 1990-4, p. 613. Más recientemente *vid.* Ss TS de 12-2-1993, art. 763 y de 30-7-1994, art. 6308.

(79) *Cfrs.* J. M. EMBID IRUJO, para quien el problema del abuso de la persona jurídica «pone de manifiesto la existencia de un vacío jurídico -una auténtica laguna legal, podríamos decir- que, a tenor de las convicciones éticas vigentes en nuestro tiempo, parece reclamar la intervención del legislador. La actuación vicaria de los tribunales se justificaría, pues, por esa carencia normativa reseñada que, en nuestro criterio, no debería perpetuarse en el tiempo». «*El "levantamiento del velo" una vez más*». En *La Ley*, T. 1992-1, p. 343, y también p. 346.

(80) Para una visión de la persona jurídica como un concepto en el que se halla «implícita una norma general de remisión», en el cual el «círculo de obligaciones y la esfera de poderes» atribuidos está «determinado, lo mismo que para el hombre, por la suma de todas las normas vigentes». *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 260.

lado, la necesidad de atender primariamente a la realidad de las relaciones sociales y jurídicas puestas en juego —*primacía del principio de interpretación de conformidad con la realidad* ex art. 9.2 CE y art. 3.1 Cod. civ.—, y, por otro lado, el deber de tutelar en modo preeminente los diversos derechos e intereses actuados en el sistema jurídico —*principio de efectividad de la tutela* ex art. 9.1, 10.1 y 24 CE— (81). De ahí que, esta corriente se mueva inequívocamente, pese a una cierta confusión y uso promiscuo y poco transparente de los fundamentos jurídicos, en el plano de la *estricta juridicidad*.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer la decisiva influencia que tales teorías (*lifting the corporate veil o disregard of legal entity*) han ejercido en el amplio movimiento de reacción frente al realismo antropomórfico gierkiano, reprimiendo las nuevas y más sofisticadas formas de abuso, es frecuente una cierta descalificación de las mismas, objeto de críticas a veces severas y densas de preocupaciones e incluso de temor. Se registra, pues, una actitud en buena medida «esquizofrénica» y orientada por un doble lenguaje que revela, en nuestra opinión, una mala conciencia y una falsa ciencia: por un lado, pocos autores niegan su utilidad como criterio de valoración satisfactorio en el plano de la justicia sustancial pero, por otro lado, se insiste decisivamente en una comprensión de las mismas que las presenta, al mismo tiempo, como una permanente y no desdeñable amenaza para los «sacrosantos» bienes de la certeza del derecho y de la Seguridad jurídica (82). Ni siquiera los

(81) Es por tanto una ilustre manifestación del método de la jurisprudencia de valoración o axiomática, expresivo de un pensamiento fuertemente crítico frente al tradicional formalismo jurídico y positivismo normativo, pero que en absoluto abandona la estricta juridicidad —aunque aporta una nueva idea de la misma como veremos—, en cuanto se trata de sentencias que «han valorado la personalidad jurídica en su propio sentido», desligándose no de un concepto, que estiman legal y respetable, sino de un «mito» el del «hermetismo de la persona jurídica» y de una «concepción» aquella «formalista», decidiendo los casos planteados «considerando la realidad de las relaciones jurídicas (*fondo sociológico y evolutivo*) y la *finalidad de las disposiciones legales* (*fondo teleológico*). Cfrs. F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 245.

(82) Ilustrativas al respecto son las palabras del prof. A. POLO, que en términos apocadípticos afirma que cuando «el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias, el *daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga*» (*la cursiva es nuestra*), *vid.* prólogo libro R. SERICK, *ob. cit.* p. 11. Este -aparente conflicto- está también presente en las obras del prof. R. SERICK, *partic.* p. 40, e incluso el prof. F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 248. Más de un cuarto de siglo después se siguen manteniendo monolíticamente y sustancialmente invariadas las mismas indicaciones por la doctrina civilista y mercantilista más reciente, *cfrs.* EMBID IRUJO, que partiendo todavía del tópico del conflicto entre los valores de justicia y seguridad, pone de relieve la necesidad de que «el propósito loable de conseguir mayor justicia material en el caso no se vea acompañado de una merma excesiva de

más radicales críticos de esta opción metodológica, que la configuran como auténtico «error» o «defecto metodológico», con consecuencias prácticamente fatales para los característicos rasgos de previsibilidad y certeza, presuntamente propios del sistema de Derecho tradicional, pretenden desacreditar los diversos fallos jurisprudenciales desde el plano material, dirigiendo su crítica «únicamente al proceso argumentativo utilizado», porque lo que no sería sino un «claro problema de *interpretación de normas*, se nos presenta como un supuesto de aplicación excepcional de la equidad a fin de evitar las deducciones «obvias» del dogma de la personalidad jurídica» (83).

De ahí que, irremisiblemente, se concluya proponiendo, incluso por la doctrina a favor, una orientación máximamente cautelar y altamente restrictiva en relación a la permisividad de esta práctica judicial, requiriendo la puntual verificación en cada caso concreto de las «circunstancias excepcionales» que así lo permiten, evitando su uso generalizado (84). La imperturbable creencia en un absoluto respeto a los

seguridad jurídica», *«El levantamiento del velo una vez más...»* *ob. cit.* p. 343, y tras reconocer la «inseguridad en que se mueve la aplicación judicial de la doctrina», *ibidem.* p. 346, concluye inequívocamente que la «diversidad de consecuencias jurídicas originadas por la común aplicación de la técnica del "levantamiento del velo" resulta, en nuestra opinión, injustificada y conduce, cuando menos, a vaciar de contenido a la misma, desplazándola de su campo "natural" de aplicación, en el que, como hemos visto, debe aplicarse con particular cautela». *vid.* «Regulación mercantil de los grupos de sociedades», *ob. cit.* p. 989 en la obra *«Regulación mercantil de los grupos de sociedades»*.

(83) *Cfrs.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984*, *op. cit.* p. 143.

(84) Y, en cualquier caso, se suele acabar insistiendo en un planteamiento que ve en la doctrina una clara impronta «justicialista» para cada ocasión particular, más propio de un Ordenamiento que persigue la realización de la justicia según la equidad que de aquellos otros, como los continentales, basados en la persecución y realización de la justicia según el Derecho. Esta crítica está especialmente presente en la doctrina italiana que desde los grandes mercantilistas, fundamentalmente T. ASCARELLI y W. BIGIAMI, ve en las diversas teorías de la «superación de la persona jurídica» un instrumento cuyo mecanismo de realización se reduce a una contraposición entre «la lógica de la personalidad y necesidades equitativas», *cfrs.* T. ASCARELLI, *ob. cit.* 1959, p. 280, nota 31; *cfrs.* también para una acusación de arbitrariedad en cuanto actúa sólo para la satisfacción de las exigencias de justicia del caso concreto, F. GALGANO, *«Lo schermo della società...»* *ob. cit.*, o recientemente G. MELIADO, que pone de relieve como las soluciones cada vez elaboradas «resultan, así, fuertemente deudoras dell'equity y del common sense». *Il rapporto di lavoro...* *ob. cit.* Para la fijación del dato característico de la producción jurisprudencial sobre el *piercing* en la «falta de líneas directivas fiables», *cfrs.* PARDOLESI, obra colectiva p. 140. Incluso los partidarios de estas técnicas avanzan juicios similares. Así, en la doctrina italiana, un firme partidario de esta técnica como P. VERRUCOLI, considera que tales técnicas no son sino el resultado de la mera «actividad política de las Cortes y del legislador en vista de la solución de problemas... ignorados en la época pionera», *ob. cit.* p. 53, nota 90; en sentido similar se adviene que los casos reductibles al *lifting* no constituyen un auténtico

valores, no sólo jurídicos sino también económicos, de certeza del Derecho y Seguridad Jurídica, justificarían y exigirían una reconstrucción de la doctrina del «levantamiento del velo» a través de los conocidos mecanismos de la *dialéctica «regla-excepción»*.

Pero en estos diversos grupos de críticas, y sin perjuicio de los aspectos de verdad que en ellos se contiene, es posible advertir inequívocamente no sólo una *insuficiente comprensión del significado jurídico de la misma* —más evidente en la doctrina italiana a la que un cierto sector doctrinal español sigue algo acríticamente, trasladando construcciones poco arraigadas en nuestra experiencia jurídica— sino, y sobre todo, el *cumplimiento por parte del jurista de una específica función ideológica*. Coeficiente ideológico que aquí resulta particularmente manifiesto, en cuanto se tratan de ocultar los presupuestos de política del Derecho bajo el socorrido manto de la crítica exclusivamente científica o asentada sobre argumentos de «estricta técnica jurídica», aparentemente depurados de cualquier «contaminación» pre-jurídica o meta-jurídica. En el fondo de esta orientación es posible apreciar un claro prejuicio positivista, más o menos consciente, no sólo como ideología, sino como método y Teoría del Derecho, suavizada, paradójicamente, con un cierto iusnaturalismo histórico-crítico (85).

En nuestra opinión, sin embargo, creemos posible afirmar con razonable certeza la profunda y *estricta juridicidad* de estas técnicas e incluso su *propia positividad*, que implican un método de desarrollo

método constructivo, puesto que no «revelan ningún considerable principio fuera del rechazo del legislador o de los jueces de aplicar la lógica del principio afirmado en el caso *Salomón* cuando contradice demasiado manifiestamente el sentido de la justicia, la oportunidad o el interés del Fisco», *cfrs.* L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*. Stevens. London, 1979, p. Este mismo juicio de imprevisibilidad de la técnica, de inexistencia de una fórmula general válida para todos los casos, debiendo considerar las situaciones según los aspectos de hecho, así como su esencial carácter justicialista, aparece en la doctrina española firme partidaria de la cláusula, *vid.* por todos recientemente J. M. EMBID IRUJO, que la configura como un recurso *in extremis* o *ultima ratio* que no posee más lógica explicativa que evitar una aplicación lógica o mecanicista del Derecho o de principios que contrastan demasiado manifiestamente con el sentido de la justicia, siendo un «sustitutivo de la aplicación de la ley», «*En torno al levantamiento del velo...*» *ob. cit.* p. 612, útil en aquellos casos en que fracasadas todas las vías argumentativas o hermenéuticas —es decir estrictamente jurídicas— no sería posible encontrar «solución justa en la aplicación positiva de la ley», *ob. cit.* p. 613.

(85) En los tiempos más recientes, de conformidad con los nuevos vientos desreguladores y de políticas neoliberales y de apoyo a la agilidad y flexibilidad del tráfico económico, los estudiosos del «nuevo sentido» del concepto de persona jurídica vuelven a levantar un cierto «velo» o arrojar una cierta cortina de humo sobre «el trasfondo económico social de la utilización del concepto de persona jurídica», como advertía DE CASTRO en relación a las causas que dieron lugar a la «mitificación» de la persona jurídica. De ahí que aquel proceso reciente de «deformación», aunque en esta vez, en sentido fisiológico, de la persona jurídica que hemos señalado venga inspirado en las mismas causas.

judicial del Derecho «inmanente a la ley», entendida en el obligado sentido ordinamental, y en modo alguno «sustitutivo» de ella (86). Otra cosa es, como luego señalaremos, que esta Teoría y este problema —y aquí está una útil indicación de método para afrontar los problemas del grupo— implican una *nueva idea de positividad, realizada a través de un ciclo mucho más complejo y articulado*, en línea plenamente arónica con la revisión operada por determinadas corrientes hermenéuticas actuales, «superadoras» del «positivismo jurídico» pero no de la «idea de positividad». Se trata pues, cosa que rara vez se hace, de suministrar transparencia al mecanismo utilizado, más allá del sincretismo conceptual y argumentativo y del uso jurisprudencial confuso o promiscuo de técnicas jurídicas, difícilmente distinguibles en el plano operativo e incluso no siempre fáciles de distinguir en el terreno conceptual (87).

La crítica jurídica —y por tanto política— a estas posiciones, que seguiremos denominando pese a su pretendida «modernidad» como tradicionales o incluso «conservadoras» —en cualquier caso debe tenerse en cuenta la enorme relatividad de estas expresiones, de por sí poco significativas— se centra en poner de relieve la *visión extremadamente lineal o unidireccional, y por tanto sesgada, del valor «seguridad jurídica»* en la que tal orientación se apoya, totalmente desconocedora de su sentido ambivalente y complejo, equilibrador de diferentes exigencias e intereses sociales en la compleja sociedad moderna. Y ello desde dos puntos de vista, estrechamente interconectados:

(86) El valor jurídico «*strictu sensu*» de la técnica judicial del «levantamiento del velo» ha sido autoafirmada por el propio Tribunal Supremo (*vid.* S. 12-11-1991 ar. 8234), aunque en términos ciertamente contradictorios pues más abajo, recogiendo la línea dominante de la Sala, entiende que «en uso de sus facultades soberanas (*sic*) al servicio de la justicia», y en el «conflicto ente Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución», se ha decidido «prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar *por vía de equidad* y acogimiento del principio de la buena fe...».

(87) Para un intento de clarificación entre los principios de abuso del derecho y de fraude de ley *vid.* el trabajo del prof. L. DIEZ-PICAZO, en *Documentación Jurídica*, n. 4. 1974, que sin embargo, en su preocupación por buscar un principio común, encuentra un dato unificador precisamente en la noción de deber jurídico: el deber de observancia de la norma jurídica, de manera que las diferencias que entre ellos existen, no puede impedir su visión conjunta como límites a la autonomía de la voluntad, en orden a evitar que se produzcan resultados injustos sólo amparados aparentemente en los textos nonmativos. También *vid.* J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, *El fraude de ley... op. cit.* que considera que el fraude de ley y el abuso de derecho presentan un problema general unitario: se trata de la «relación entre la esfera privada y la esfera pública estatal, entre reglamentación jurídica y autonomía privada individual, entre sociedad civil y sociedad política, en suma, las relaciones entre economía y política y la mediación jurídica», p. 75. Problemas que aparecen particularmente evidentes y adquieren una especial intensidad en los problemas subyacentes a la aplicación de las técnicas del levantamiento del velo.

1. En efecto, desde una óptica más técnico-jurídica, ya hemos visto que la acusación fundamental contra esta técnica judicial es la alta dosis de «imprevisibilidad» que supone la inexistencia de un «criterio general» firme y seguro en función del cual decidir todos los casos, con claro *riesgo para la «seguridad jurídica» en su aspecto de «certeza de la regla de Derecho» y de confianza de terceros en las formas jurídicas* (88). Ahora bien, la fundamentación de estas técnicas sobre los principios generales de la buena fe, el fraude de ley, y el abuso del derecho, así como sobre el método propio de la «teoría de los límites immanentes», tal y como hoy vienen reelaborados y reinterpretados por la Ciencia jurídica más reciente, hace posible «desconjurar» buena parte —y en la medida de lo posible en una sociedad continuamente cambiante y urgida de nuevas regulaciones— de los peligros derivados del denominado «activismo» o «decisionismo judicial», que tradicionalmente ha servido de crítica, aparentemente insuperable para el recurso a aquellas cláusulas generales (89). Y es ésta una convicción firme a la que creemos poder llegar por dos razones principalmente.

En primer lugar, no es posible desconocer el *intenso proceso de tipificación de los casos, o mejor los «grupos de casos»*, o de individualización de «figuras sintomáticas» o indicativas, caracterizado por un riguroso proceso de fijación de los valores e intereses a los que la cláusula reenvía y, al mismo tiempo, de reconstrucción del instrumento conceptual o técnica jurídica que permite realizar o concretar tales valores e intereses (90). En segundo lugar, el mayor riesgo de imprevisibilidad

(88) Para el entendimiento de la «certeza de la norma» como «previsibilidad sobre los efectos de su aplicación» y proscripción de «fórmulas proclives a la arbitrariedad» *vid.* STCO 71/1982, 30 noviembre, *fi.* 4. Lo que exigiría una «depurada técnica jurídica» en el proceso de desarrollo, interpretación y aplicación judicial de las normas, similar o mayor que aquella exigida en el «proceso de elaboración de las normas» (STCO, 150/1990, *fi.* 8). *Cfrs.* para esta crítica PAZ-ARES, *op. cit.* p. 1593, que pone de relieve cómo «el viaje realizado no sólo ha sido innecesario, sino que además, por el camino, ha dejado muy debilitado el rigor constructivo de la jurisprudencia y la calculabilidad y precisión del Derecho».

(89) Esta reconducción es la operada por el prof. R. SERICK, *ob. cit. passim.* y por el prof. E. DE CASTRO *ob. cit. ibidem.* Para una estudio pommenorizado de las posibilidades interpretativas y aplicativas abiertas modernamente por las cláusulas generales como válidas técnicas de tutela de posiciones jurídicas subjetivas instrumentales, en especial su aplicación al ámbito laboral, con amplias referencias bibliográficas a la doctrina iusprivatista más reciente, permítaseme reenviar a mi trabajo, *cfr.* «Hacia una revisión constitucional de la función de la "buena fe contractual" en las relaciones jurídico laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, n. 11, p. 10 y ss., *partic. nota 30.*

(90) Especialmente interesante es la visión de L. MENGONI, que en relación a la cláusula de la buena fe, entiende que es una regla de comportamiento, que no remite a «standards» jurídicos concretos o de «tipo real», sino a modelos abstractos o «tipos ideales» de cómo la persona debe conducirse y actuar, de ahí su vocación de poseer un número indeterminado de aplicaciones, de modelar o de influenciar una gama potencialmente ilimitada de situaciones. «*Spunti per una teoria delle clausole generali.*» *Riv. Crit. Dir. Privato*, 1986, pp. 18-19. Ello lleva a la estrecha relación entre ser y deber ser que hemos señalado en el texto.

advertido es resultado de un prejuicio todavía por demostrar y derivado del paradigma del positivismo normativista, que considera más previsible un comportamiento judicial derivado del respeto a la letra de la ley o fundada sobre decisiones mecánicamente basadas sobre «enunciados» normativos, que aquél derivado de una opción de política jurídica convalidada o compatibilizada con el sistema jurídico. En cambio, a nuestro juicio, la técnica del levantamiento del velo, tiende a favorecer aquella singularizada forma de certeza jurídica y de previsibilidad o transparencia de la decisión que no consiste en la mera seguridad de que los jueces adoptarán un cierto tipo de «fraseología», sino que cristaliza en cambio en la posibilidad de prever qué elecciones cumplirán los jueces dada una cierta orientación de política del Derecho (91). En definitiva, los efectivos riesgos para la certeza del derecho no están en reconocer una situación de necesario margen interpretativo «sino en pensar establecer tal certeza en modo totalmente apriorístico y de poderla taumatúrgicamente preconstituir fuera del concreto proceso de interpretación y de decisión, dentro del cual se trata en cambio de alcanzar no la irrealizable certeza absoluta, sino, concretamente, la mayor certeza posible» (92).

2. La imagen unidimensional del principio de Seguridad jurídica, que hemos señalado presupone la orientación crítica de esta doctrina favorable a un uso extremadamente prudente, es más evidente, y por tanto la función ideológica es más neta, cuando se atiende al aspecto de la protección de la libertad de elección de las formas, realmente el esencial dado su mayor sentido político-jurídico, que implica la salvaguarda del principio de la seguridad jurídica. En efecto, la metodología cautelar que caracteriza, hoy como ayer, la doctrina del «levantamiento del velo jurídico» de la sociedad, encuentra su fundamento real en su carácter plenamente funcional a la existencia de un «área conservadora» del sistema jurídico-económico, que obliga al intérprete a «un trabajo particularmente delicado, porque la superación de las formas asume marcadamente el aspecto de un *control de la autonomía privada*,

(91) Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, p. 247. Esta misma elección en función normativa, y por tanto de política del Derecho, aparece ya presente en PUIG BRUTAU, quien afirmaba con rotundidad que el Derecho consiste primordialmente en la «minuciosa exposición de situaciones de hecho y en el desarrollo de criterios de política jurídica para resolver los conflictos que de ellos resultan», lo demás es «técnica cristalizada y, en ocasiones, completamente petrificada» comentario del traductor, *ob. cit.* p. 340. De ahí la inesquivable e indiscutible «necesidad de concebir como una unidad fundamental la actividad legislativa y la judicial, como dirigidas ambas al desarrollo de unas mismas razones de política jurídica», *ob. cit.* p. 281.

(92) Cfrs. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, *ob. cit.*, p. 205.

que se tiende a contener dentro de límites más bien restringidos» (93).

Esta imagen sesgada y mistificadora de la Seguridad Jurídica exige una incisiva crítica. La visión que proyecta no se corresponde con su valor real en un mutado «sistema de valores», y en un Ordenamiento donde han plasmado plenamente determinados principios generales, como los de igualdad, dignidad personal y social, solidaridad, función o utilidad social. La regla del Derecho es primariamente acción de valoración de un comportamiento por parte del Ordenamiento, al fin de vincularle los efectos jurídicos por él fijados, en relación a la tutela acordada a las varias «figuras jurídicas subjetivas», sobre la base de los intereses individuales y sociales en juego (94). De ahí que el obligado respeto del principio de Seguridad Jurídica no se identifique sólo con la protección de la libertad, sino que, en ocasiones, es precisamente la Seguridad jurídica reinterpretada, la que se convierte en justificación de una limitación de la libertad en aras de realizar otros valores, bienes e intereses jurídicos constitucionalmente protegidos (95).

Esta interpretación constituye un verdadero y propio *ius receptum* en la doctrina constitucional —aunque todavía ni la doctrina ni la jurisprudencia haya extraído las debidas consecuencias—, que ha dado un significado profundamente diverso y original, mucho más rico y articulado, al principio de Seguridad jurídica. En efecto, en la comprensión constitucional del mismo, se puede producir una decisiva inversión valorativa de la doctrina del «levantamiento del velo». Para ello, es suficiente que deje de recurrirse a la Seguridad jurídica como garantía última del «*status quo*» social y contractual para ser, como dice el TCo, «*equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden*

(93) Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*. Giuffré. Milano. 1969, pp. 206, 207, *vid.* también p. 112. Es más, como advirtiera P. RESCIGNO, cuando un auténtico sistema de privilegios e inmunidades se vincula directamente a los principios de autonomía de la voluntad, individual o colectiva —caso de las sociedades, sindicatos, partidos políticos— y al principio de la libertad de formas sociales, el privilegio asume un sentido radicalmente diverso, en la medida en que emerge más que como una «forma de aislamiento en el Derecho común» como «uno de los valores positivos de los ordenamientos», objeto por tanto no sólo de garantía, sino también de una función promocional por parte del Estado. *Ob. cit.* p. 393.

(94) Cfr. A. FALZEA, *Voz «Efficacia giuridica»*. Enciclop. del dir.. P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, p. 415 y ss., S. RODOTA, *Ideologie... op. cit.*, pp. 97-98.

(95) Como se ha observado, la función garantista del *favor libertatis* o de su dimensión negativa, el principio de interdicción de cualquier interpretación *contra cives*, ventaja a la cual en una sociedad democrática es oportuno no renunciar, «es cosa diversa y lógicamente distinta de la ilusión iluminista de una absoluta complitud legislativa, que aparece viciada por un claro exceso de confianza en la superioridad del poder legislativo sobre el judicial». Cfrs. G. ZACCARIA, *ob. cit.* p. 204.

jurídico, la justicia y la igualdad en libertad» (96). Con esta doctrina, el TCO, impulsa una cierta inflexión en el proceso de simplificación conceptual y problemática tradicionalmente conducido en orden a las relaciones entre «justicia» y «seguridad», porque la seguridad jurídica no puede dejar de fundamentarse ya, en su dimensión constitucional, sobre un principio inescindible de justicia. Precisamente desde esta perspectiva, la doctrina del «levantamiento del velo», ilustra la perfecta esterilidad y obsolescencia de una abstracta contraposición (97).

Ahora bien, la Teoría del «levantamiento del velo», de esta manera reexaminada, no resulta en modo alguno un fenómeno aislado o atípico, sino que participa decisivamente de la actual evolución de las más recientes teorías sobre hermenéutica jurídica, del estado de la legislación y de las exigencias o necesidades de regulación del sistema. Por lo que creemos es expresión práctica y cualificada del profundo significado y del alcance real del cambio actual en la *idea de positividad jurídica*, que confirma plenamente su valor estrictamente jurídico, aunque marca el punto de *inflexión hacia un diverso «paradigma» de positividad*.

La reconducción dogmática de esta doctrina a «cláusulas generales» firmemente asentadas en las normas positivas de nuestro Ordenamiento —arts. 6.4 y 7.2 Cod. civ.—, cuya interpretación incluso adquiere una dimensión constitucional que obliga a su reelaboración, y en la «teoría de los límites inmanentes» (arts. 9.1 y 10.1 CE) (98), representa

(96) Cfr. STCO 27/81. Para esta lectura ambivalente del principio de Seguridad jurídica, con capacidad para invertir las tradicionales lecturas reductivas y deformantes, en definitiva, absolutamente ideológicas de la misma, puede verse en relación al problema esencial de la teoría del Derecho y de interpretación constitucional moderna, como es el de la *Dritwirkung* o eficacia social inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones con los particulares. Cfr. al respecto nuestro trabajo «*Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales*». En Revista de Trabajo y Seguridad Social, julio-septiembre 1991, n. 3. spec. pp. 76 y 77.

(97) De ahí que resulte criticable el planteamiento absolutamente general de la jurisprudencia en materia, que sigue viendo en la aplicación de la técnica del «levantamiento del velo» una expresa toma de partido en el «conflicto entre Seguridad jurídica y Justicia», inclinándose por aplicarla «por vía de equidad y acogimiento de la buena fe», cfrs. por todos STS de 12-11-1991, ar. 8234. Vid. en cambio una interesante línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que interpreta el principio constitucional de seguridad jurídica en el sentido de superar «la mera interpretación literal de las normas para buscar el espíritu de las mismas», pero además, teniendo en cuenta que esta búsqueda permanente de la «razón de ser de la norma, debe operarse teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico está en constante renovación y cambio». STS de 12-6-91, ar. 4599.

(98) El uso conjunto de ambas figuras aparece ya desde los primeros estudiosos. Así, R. SERICK, uno de los autores que han dedicado un mayor esfuerzo a la clarificación dogmática y conceptual de la figura, concluye afirmando que la «regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica, la personalidad de ésta puede quedar descartada, en el fondo no es otra cosa que un caso de aplicación del principio fundamental, generalmente reconocido, según el cual el ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica», *ob. cit.* p. 50.

una visión del problema de la persona jurídica que implica un procedimiento metodológico complejo: por un lado, representa una decisiva relativización del texto de la ley así como un claro ejemplo de la crisis moderna del principio del texto claro y del «literalismo» formalista y «gramatical» —que no del «textualismo»—, por otro, y consecuentemente, se dirige a actuar un procedimiento propio del pensamiento jurídico valorativo, que incluye esencialmente una apreciación teleológica referida a la *ratio* de la norma considerada (99). Esta doctrina, por tanto, comporta la reconstrucción de la operación jurídica efectivamente puesta en funcionamiento, al margen de las formas usadas por las partes, y de una «valoración» del juez en función de los intereses sustanciales puestos en juego, especialmente la ausencia de un interés legítimo colocado en la base de la elección de la forma jurídica concreta —punto de vista negativo— y lesión o daño para intereses de terceros o general —punto de vista positivo—.

Ahora bien, en esta operación, el juez, no es en modo alguno plenamente libre o «soberano» para valorar la «sustancia económica» de la operación realizada, sino que está realmente vinculado a determinadas circunstancias o condiciones concretas, ya sea en el terreno de los hechos como de derecho —determinación de las «condiciones de uso» de la «forma jurídica» a la que la personalidad viene incorporada (100).

El desvelamiento o transparencia de los mecanismos de funcionamiento de la técnica —en relación a la cual poco ha hecho la doctrina más actual— presupone una idea de positividad distinta a la tradicional, que respondía al paradigma normativista del derecho: confirma así la crisis y el definitivo del «positivismo» como método lógico formal de interpretación del Derecho, y como ideología que sitúa al legislador

(99) *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 134, donde pone de relieve que «en la aplicación de la doctrina del *disregard* se tiene en cuenta de manera primordial un criterio teleológico». La dimensión creativa de la interpretación derivada de su justificación por los fines o lo objetivos, es decir, por las razones de política del Derecho expresadas en las normas aparece consagrada por la doctrina constitucional como es conocido, *vid.* por todas SSTCO 21/1981 y STCO 15-2-1990. *Vid.* M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, p. 41. Para la superación moderna por parte de las corrientes del «literalismo» del apotegma «*in claris non fit interpretatio*», y para la necesaria distinción entre «literalismo» y «formalismo», el primero referido a las fuentes de interpretación —que mantiene que el texto es la única—, mientras que el formalismo discutiría las técnicas, procedimientos y métodos para interpretar ese texto *vid.* A. ROVIRA, «*Hermenéutica y Constitución*», *Revista Cortes Generales*, 1990, pp. 42 y ss.

(100) En definitiva se trata de una expresión metafórica para aludir a una forma más elástica y flexible de aplicación de canales tradicionales de compatibilización de las formas jurídicas y las prácticas económicas, más acorde con las características hermenéuticas y culturales de nuestro tiempo moderno. En este sentido debe recordarse que la evolución generalizadora de la técnica siempre que lo exija la «justicia sustancial» no «parece recomendable desde el punto de vista del Derecho continental», *cfrs.* R. SERICK, p. 123.

como exclusivo protagonista del proceso real de positivización. La positividad, pues, no se deja encerrar y no se agota en los enunciados normativos de la ley o en formulaciones o en proposiciones gramaticales —*vid. art. 6.4 cod. civ.*— sino que implica inevitablemente *prestaciones de naturaleza productiva y creadora, que determinan nuevas y diversas posibilidades de concretización del derecho y de las instituciones jurídicas existentes* (101).

Desde esta perspectiva, parece claro lejos de constituir una excepción o una «derogación» a la peculiar normativa de la persona jurídica, constituye un presupuesto ineludible para una estricta aplicación y respeto de su disciplina, atendiendo a sus fines y a la razón de ser de la misma en relación al sistema global de intereses puestos en juego por el Ordenamiento jurídico (102). De tal manera que, un uso más generoso y amplio de la doctrina no significa necesariamente, pesa a la mayoritaria opinión en contrario, ni ampliar desmesuradamente los límites puestos a la autonomía de la voluntad —sigue asegurando un amplio espacio a la libertad de elección de las formas organizativas y a la libertad contractual y de iniciativa económica—, ni tampoco una concesión «anormal» o desorbitada a los poderes del juez, cuya actuación lejos de ser arbitraria y fundada exclusivamente sobre principios de equidad, se adecúa al sistema de Derecho vigente, siempre que no aparezca configurado en términos extremadamente rígidos y estáticos —respeto a la seguridad jurídica—.

En realidad, las múltiples desconfianzas y los amplios recelos doctrinales evidenciados respecto de la técnica del «levantamiento del velo», carecen de originalidad y de sustantividad propia, puesto que, en realidad, no hacen sino reproducir traslaticia y acriticamente los dos factores de oposición que el pensamiento jurídico clásico, imbuido de los principios propios del orden liberal, ha venido dirigiendo contra el pleno funcionamiento normativo de las cláusulas generales, pese a

(101) La doctrina propone, pues, un ideal de justicia social, por tanto un principio político y ético-jurídico, pero especificado sobre el terreno del Derecho positivo a través de un continuo proceso de concretización y realización de cláusulas generales, en función de los problemas jurídicos singulares e históricos. En general sobre este tema de adaptación de los textos jurídicos a las necesidades de justicia de una sociedad «viva» y en continuo cambio *vid. G. ZACCARIA, ob. cit.*, para quien la «positividad jurídica» no constituye «y no puede ser concebida como la expresión casi exclusiva de una autoridad que pone, cuanto más bien como el resultado de un procedimiento y de una praxis articulada de sujetos, que continuamente se hacen: y ya no tolera, por esto mismo, ser definida como “dada” y preconstituida de una vez por todas, según una idea de positividad como un factor encerrable (*rinserrabile*) en un *quid* definitivo y exactamente circunscribible», p. 208.

(102) De ahí que correctamente se haya dicho que «no tiene claro sentido sostener que la desestimación de la personalidad jurídica constituye una excepción», de tal manera que no se trata de «perderle o no el respeto a la persona jurídica, sino de acotar con la mayor exactitud posible los límites dentro de los que aquella debe moverse». *vid. DE LA CÁMARA, op. cit.* p. 34.

contar éstas ahora ya en los ordenamientos contemporáneos, como es el caso español, con un amplísimo y expreso reconocimiento normativo como auténticas y genuinas técnicas legislativas, si bien con una estructura normativa diversa. Ahora bien, superadas en buena medida, o al menos ampliamente neutralizadas desde el punto de vista teórico y positivo-operativo esta doble oposición —atribución de facultades exorbitantes al juez y quiebra injustificada de la autonomía privada—, en la actual etapa evolutiva del Derecho y de la propia dogmática jurídica, entendida cada vez más como Ciencia encaminada a pensar el sistema como problema y «orientada a valores», y que coloca su eje de coordenadas en el respeto al principio de legalidad material y no meramente formal, es manifiesto que la clásica —y todavía hoy dominante— oposición al significado y mecanismo de funcionamiento del «levantamiento del velo» —otra cosa es el confusionismo e incluso oscurantismo metodológico y normativo en el que se mueve la jurisprudencia, sobre el que la doctrina tampoco viene a proyectar una luz adecuada— está irremisiblemente condenada a perder prácticamente cualquier fundamento sólido en el plano técnico, sea en la dimensión normativa sea en la dimensión metodológica y conceptual, para relegarse lisa y llanamente al plano ideológico —respetable, por supuesto desde el pluralismo de valores propugnado por nuestra Constitución, pero no compatible desde los imperativos de la teoría jurídica propia del Estado social de Derecho, igualmente propugnado por la Norma fundamental— (103).

Ahora bien, lo que sí confirma es el carácter de cláusula incómoda, porque representa una crisis significativa, es decir, una puesta en discusión o en tela de juicio, de los tradicionales paradigmas formalista y normativista del positivismo, aunque no la propia idea de positividad, que no sólo no es cuestionada sino que sale enriquecida con un nuevo y más complejo ciclo de realización del Derecho positivo. Se explica así, aunque no se justifica, que para muchos autores pueda resultar una doctrina peligrosa en la medida en que tiende a relativizar las propias fronteras entre lo jurídico, lo prejurídico y lo metajurídico, es decir, entre norma, realidad y valor, según aparece inequívocamente cuando se realiza una labor de efectiva determinación del mecanismo de funcionamiento de la cláusula, buscando su propia transparencia como técnica jurídica, al margen del permanente recurso —según una herencia legendaria— a las imágenes metafóricas y esotéricas, como aquélla representada por la idea del «levantamiento del velo». Expresión que, en el fondo, no es sino una cláusula de estilo o una forma suges-

(103) A esta conclusión llega, en relación a la cláusula del fraude de ley, el prof. J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, quien afirma que «no se puede decir que la aplicación del fraude amplía el campo de prohibiciones o restringe la autonomía de los particulares, porque no existe una esfera abstracta de autonomía o libertad». *El fraude de Ley: su tratamiento jurisprudencial*. Edit. Montecorvo. 1988, p. 191. Carecen así de auténtico fundamento, a nuestro juicio, los peligros señalados por un cierto sector doctrinal que muestra sus recelos ante una cláusula que sólo se explicaría como construcción o vía doctrinal para incrementar el arbitrio de los Tribunales de justicia, desconociendo el principio esencial del Derecho continental de justicia según el Derecho y no según la equidad. *Cfrs.* en este sentido F. CAPILLA, *op. cit.* p. 71.

tiva —en definitiva, una nueva metáfora del Derecho— utilizada para dar mayor impacto a una operación de interpretación y aplicación de normas, de conformidad a un procedimiento argumentativo complejo, orientado a garantizar las propias condiciones de efectividad o eficacia de las normas del Ordenamiento.

En definitiva, la marcha triunfal que esta «técnica» y esta «práctica» está encontrando en los Tribunales españoles, laborales y civiles, no significa en absoluto la revitalización de una cultura o de un *pensamiento de la sospecha*, sino la difusión de una sana dosis de realismo en el operar de los jueces, plenamente conscientes de las amplias posibilidades que la propia elasticidad y flexibilidad de la persona jurídica abre para usos desviados o puramente instrumentales. Al contrario, esta técnica representa la actuación de un *pensamiento de la crítica* que introduce, con fundamento en un principio corrector y pragmático, gradualmente un auténtico *derecho de crítica* en relación a los efectos negativos que el recurso a la forma de la persona jurídica puede producir, y de hecho produce, en atención a las diversas situaciones de hecho creadas y de la protección de determinados intereses categoriales, que encuentran así una específica condición o factor de legitimidad.

Por lo que, desde esta perspectiva, tampoco puede considerarse esta «doctrina» como «excepcional», en la medida en que es una obligada consecuencia de la correcta aplicación de la norma desde el necesario prisma ordinamental y atención a la finalidad de las normas en relación a la realidad social en que se aplica.

De modo que, en última instancia, el recurso a esta cláusula ilustra la exigencia de articular instrumentos de control de los nuevos «usos anómalos», tanto por los poderes públicos como privados, de la forma societaria de tipo capitalista, como condición ineludible del principio constitucional de protección de todos los intereses legítimos implicados. Constatación que permite explicar el éxito que estos métodos de «superación» en sentido débil de la persona jurídica, han tenido en doctrina y sobre todo en la jurisprudencia para resolver los problemas suscitados por los grupos (104). Más aún si se tiene en cuenta que, esta cuestión, se ha centrado en el estudio de los *efectos inducidos por la adopción de la «forma-grupo» sobre el grado de efectividad de las garantías de los derechos e intereses legítimos de una gama creciente de sujetos implicados en las nuevas articulaciones de las empresas (acreedores, accionistas, consumidores, trabajadores, poderes públicos, etc.)*.

(104) Incluso un tradicional detractor, fuertemente crítico con estas teorías, ha considerado recientemente la significativa utilidad de las teorías del «abuso de la persona jurídica» como instrumento hábil para reprimir los comportamientos patológicos de los grupos de empresas. Vid. F. GALGANO. «*Unità e pluralità...*» *op. cit.* p. 24. El problema sigue existiendo, pues, para los comportamientos denominados «fisiológicos» cuyos índices de problematidad y conflictividad son tan elevados como la propia patología, máxime si se tiene en cuenta no sólo la señalada dificultad para una distinción, sino incluso su inutilidad.

1.2. **La necesidad de conciliar garantías formales y valores sustanciales como imperativo de la positividad: El *lifting* como expresión del principio constitucional de efectividad de la tutela jurídica de una pluralidad de derechos e intereses legítimos.**

Realizadas las precedentes consideraciones parece quedar claro ya que, la solución que propone el recurso a la doctrina del «levantamiento del velo», se centra en la exigencia advertida por los jueces de no limitar la operación hermenéutica al análisis de los datos formales, a través de los cuales aparecen organizados los intereses privados, sino que debe extenderse hasta la realidad sustancial de las relaciones jurídicas, analizando la realidad económica subyacente a la formalización contractual y societaria. De este modo, emerge en la actuación judicial la necesidad de garantizar la «efectividad» de la tutela de los intereses, privados y públicos afectados, con lo que también desde esta perspectiva, la práctica del «levantamiento del velo» puede ilustrar una enseñanza aún más amplia en el plano de la Teoría general del Derecho, puesto que, como hemos señalado, constituye una concreta manifestación de una *concepción axiológica o valorativa del Derecho*, de conformidad con los propios postulados constitucionales, que entre sus derechos fundamentales coloca la «tutela efectiva» de derechos e intereses legítimos (105).

En este sentido, la referencia a la «efectividad» de la tutela *ex art. 24 CE* —lejos de ser un pleonismo o un aditivo inútil— constituye una clara apuesta del Poder Constituyente por una dimensión sustancial de la tutela en el marco normativo e institucional de las relaciones jurídicas, con objeto de conseguir —según una orientación global del propio texto— el máximo grado de actuación o actuabilidad de los valores y principios que constituyen el *substrato último* de las diferentes posiciones subjetivas reconocidas y protegidas por el texto constitucional. En el planteamiento constitucional, por tanto, la realización de la positividad en el ordenamiento jurídico global, particularmente en el ámbito de las relaciones privadas o entre particulares, reside en la misma necesidad real y no meramente potencial de hacer efectivos o actuar los valores que ha asumido como propios o que propugna como ejes cardinales de toda la estructura y de la propia función del Derecho (106). Desde la óptica de los principios del sistema jurídico constitucional, la concepción axiológica del Derecho, presupondría una imagen integrada y

(105) Esta lectura constitucional aparece en la STS de 25-4-1989 ar. 3233.

(106) El Derecho es, en esta reconstrucción, positivo si contiene en sí mismo la exigencia y la potencialidad de realizar los valores asumidos. El ordenamiento es, según la concepción que deriva de la norma constitucional y de la propia interpretación del TCO, «un sistema de valores, y la consideración jurídica es una consideración típicamente axiológica, precisamente porque el Derecho tiene valor y es valor independientemente de su realización... No obstante sigue siendo verdad, en línea de principio... que un derecho al cual le faltase toda exigencia o potencia de realización no sería un derecho positivo, es decir históricamente efectivo y real». *Cfrs. A. FALZEA. Introduzione alle Scienze giuridiche. Parte I. Il concetto del diritto*. Giuffrè, Milano, 1988, p. 397. Para esta visión del Derecho *vid.* entre otras SS. TCO 9/1981 f. 3; 4/1984, f. 2; 53/1985, f. 4; 129/1989, f. 2. y STCo 20/1990, f. 3.

armónica del proceso de «actuación» y definición del Derecho positivo, concurriendo tanto un aspecto material de los valores sociales, como el ineludible aspecto formal de su manifestación externa (107).

Ahora bien, si esta imagen armónica constituye la «situación normal», no siempre podrá registrarse tal acoplamiento, de modo que la manifestación formal puede traicionar, de hecho, el perfil sustancial, de modo que el respeto a la formal no aparece siempre como garantía de «realidad» y de «verdad». En este sentido, debe ponerse de relieve que la idea del valor implica una instancia de realización de concretos intereses atribuida a una determinada actividad o a un determinado comportamiento humano, que conlleven su satisfacción final a través de la predisposición de una serie de reglas orientativas (108). Pero precisamente la propia estructura ambivalente de las formas ideales permite orientar esa acción o ese comportamiento hacia fines u objetivos que traicionan los valores sustanciales, de modo que en ciertas ocasiones el interés y la propia función económica y social que aparecen en la base del reconocimiento no aparecen en la situación creada de hecho, que sin embargo no es irrelevante, como hemos advertido, para interpretar y aplicar el Derecho.

En esta línea de alcanzar la conciliación entre los dos aspectos del valor, formal y material, se puede encuadrar con todo rigor la práctica del levantamiento del velo. Esta técnica acredita que, cuando la elección de una forma concreta como consecuencia del ejercicio de la libertad contractual o de una iniciativa económica, no corresponda a la efectiva situación creada en el plano fáctico, es decir, en el plano de las relaciones sustanciales, definiendo un equilibrio formal de intereses diverso del realmente existente, será esta situación sustancial o de hecho, el referente seleccionado por los jueces para hacer efectiva la tutela, a la que vienen obligados por imperativo constitucional (109). La cuestión

(107) Cfrs. FALZEA, *op. ultim. cit.* p. 249 y ss. Vid. entre nosotros C. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Civitas. Madrid. 1984. También la corriente jurisprudencial favorable cada vez más a una visión amplia de la «interpretación evolutiva marcada por las necesidades y aspiraciones de los nuevos tiempos». SSTs de 10-5-1991, ar. 4271 ó de 9-5-1991, ar. 4267.

(103) Cfrs. FALZEA, pp. 395 y ss.; y para la adopción de esta idea en el Derecho del Trabajo italiano vid. E. CALABRO, *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*. Giuffrè, Milano, 1991, pp. 79 y ss.

(109) La organización de intereses realizada a través de la persona jurídica exige así una lectura constitucional, de modo que el respeto obligado de la misma —como reconoce la propia jurisprudencia— presupone la realización del interés legítimo para la que nació y la no lesión de otros intereses y valores que pueden verse perjudicados por un diferente equilibrio de hecho. En este sentido, la cláusula del levantamiento del velo, es expresiva de la idea según la cual para «definire un diritto positivo e indispensabile mettere a confronto i valori parziali isolatamente presi al sistema di valori e interessi umani a un criterio di valutazione unitario, a quel valore o interesse fondamentale che è rappresentato dall'intero sistema». Cfrs. FALZEA, *Introduzione...* p. 327, nota 101, y ya antes en la *Voz «Efficacia giuridica, Voci di teoria generale»*, *op. cit.* p. 306. Para esta «relación de sistema» vid. STCO 45/1989.

queda planteada, de nuevo, en un problema de garantía de la aplicación de determinadas normas tomando como referente normativo no la formalización jurídica sino la realidad efectiva de las relaciones sociales. En esta línea, el principio de solución del problema de la relevancia del fenómeno de los grupos sobre la disciplina de las diversas relaciones establecidas por las sociedades individuales no podrá abandonarse a los puros datos formales, a través de los cuales se manifiesta la composición de intereses privados, sino que encontrará apoyo en la realidad económica subyacente. Necesidad de garantizar la efectividad de la tutela que asume un particular significado, en razón del especial valor que los intereses que el fenómeno del trabajo subordinado pone en juego, según se desprende de las referencias normativas propias de la legislación ordinaria y sobre todo de la disciplina constitucional. Y en el mismo sentido deberán resolverse las relaciones entre Derecho de la Competencia y la empresa de grupo, en orden a equilibrar la tutela de la libertad de competencia con el progreso económico, o entre el Derecho financiero y los grupos, en orden a tutelar efectivamente el principio constitucional de Capacidad Contributiva, etc. etc.

Ahora bien, es justo desde esta óptica tutelar que aparezcan los límites reconstructivos y operativos del concepto de persona jurídica, incluso en la relectura de las diversas formas del levantamiento del velo, a efectos de la traducción jurídica general, y particularmente en el área del trabajo subordinado, del fenómeno de la empresa colectiva con estructura de grupo, dada la extrema variedad y problematicidad de los intereses implicados así como por la necesidad de proceder a una compleja articulación/graduación de una multiplicidad de instrumentos de tutela y de estatutos normativos.

2. CONTROL DEL «USO INSTRUMENTAL» DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EMPRESA DE GRUPO: HIPÓTESIS Y PROBLEMAS.

2.1. La revitalización del «*piercing the veil*» como técnica de represión y de prevención frente a los usos instrumentales antijurídicos: «indicios mercantiles» e «indicios laborales» de la «tiranía social».

Pese a un generalizado convencimiento en contrario, la perspectiva del «levantamiento del velo» no introduce únicamente el límite del «abuso de la persona jurídica», sino que implica un límite más al «uso» y al «valor» de tal concepto (110). Ello permite ampliar el campo de operatividad de esta técnica del control, a hipótesis en las cuales es irrelevante en principio la verificación o no de una situación fraudulenta. Sin embargo, ni uno ni otro constituyen, como venimos afirmando, parámetros hermenéuticos o claves de lectura adecuados para dar respuesta a los, múltiples y complejos, problemas

(110) Prácticamente unánime es el error en que incurre la doctrina al equiparar el levantamiento del velo con la idea del abuso de la persona jurídica, adoptando una perniciososa lectura reductiva de la formulación hecha por R. SERICK, sin duda, el trabajo más serio, aunque insuficiente en los momentos actuales, de reconducción de aquella técnica a esquemas conceptuales y normativos rigurosos.

jurídicos que tales modelos de organización empresarial plantean al sistema de Derecho en general, y particularmente al Derecho del Trabajo, dada la diversidad de referentes y de conflictos de intereses tomados en consideración para la disciplina del trabajo subordinado.

Por lo que refiere al primero de ellos, ya hemos señalado cómo, el problema jurídico del «grupo de empresas», representado fundamentalmente como «nueva» forma de utilización instrumental de las sociedades y de la persona jurídica, sigue todavía hoy fuertemente condicionado por los términos en que viene planteado y resuelto históricamente el debate, hoy actualísimo, del «caso-tipo» del abuso de la autónoma personalidad de la entidad societaria. Modelo histórico que se centra, como es conocido, en la verificación de una situación de «tiranización» y «usurpación de soberanía» de la sociedad por el socio dominante que, evidenciando *la pérdida de individualidad jurídica*, propone el «desconocimiento» de la persona jurídica de un sujeto para atribuir determinados comportamientos a otro sujeto, según las históricas líneas de intervención propias de la responsabilidad patrimonial y por insolvencia de las sociedades (111).

En esta línea, la idea del abuso de la forma de grupo —la empresa «travestida» de grupo—, ha inducido ciertamente una significativa ampliación de la conciencia social y jurídica acerca de los fenómenos —no

(111) En este sentido, el problema del «levantamiento» (*lifting*) del velo de la persona jurídica, se configura más bien que como una operación de «superación» o «desconocimiento» de las formas jurídicas, como un particular perfil del problema de la responsabilidad jurídico-patrimonial y por insolvencia de las sociedades, lo que constituye una cuestión ciertamente relacionada pero no identificada. Como ilustra la sentencia que más ha influido en la consolidación de la figura en la actual jurisprudencial, en buena parte de los casos suscitados ante los Tribunales, la «tesis y la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al *socaire* de esa ficción o forma legal (*de respeto obligado, por supues-to*) (...) no significa... que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe... cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la *determinación de su responsabilidad at contractu* o aquiliana», STS 28-5-1984, ar. 2800. Se produce, de esta manera, un significativo paso de aproximación a la diversa teoría del empresario oculto —y del socio oculto según la versión societaria— de W. BIGIARI, cuya doctrina expresamente se reclama al aludir a aquella doctrina extrajera que afirma que «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» Cfr. R. SERICK, *op. cit.* p. 11 y F. DE CASTRO, *op. cit.* p. 242. En la doctrina italiana *vid.* sobre el particular las tesis formuladas con referencia al «empresario indirecto» u «oculto», y su extensión como «socio tirano» al terreno de las sociedades W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto. ob. cit. passim*, y otros muchos escritos, como «*Società controllata e società adoperata come cosa propria*», G. I. 1959-1, p. 623 y ss.; A. PAVONE LA ROSA, «*La teoria dell'imprenditore occulto...*» *ob. cit.* p. 621 y ss.; G. LA VILLA, *Società strumentali e profili di responsabilità. ob. cit. passim*; y sobre el estado del debate *vid.* G. SCHIANO DI PEPE, *I gruppi di imprese. ob. cit. part.* p. 119 y ss. Interesante para la situación actual en la jurisprudencia S. Cassazione 26-2-1990, n. 1439, FI, 1990-1, 1174, comentada por F. GALGANO, «*L'oggetto della holding è dunque l'esercizio immediato e indiretto dell'impresa*», en *Contratto e Impresa*, 1990, p. 401 y ss.

infrecuentes en la actual práctica económica, financiera y empresarial— de pura «instrumentalidad» de las estructuras societarias y de la persona jurídica. Perspectiva que no sólo ha marcado el propio nacimiento de las reflexiones de la doctrina mercantilista sobre las empresas «vinculadas» o «coligadas» —orientada por la observable constatación de las «anomalías» producidas, ya en la primera fase evolutiva del capitalismo, por sociedades «de cómodo», constituidas y actuadas para servir exclusivamente a fines ajenos— sino que además, habría conservado prácticamente inmutada toda su capacidad de sugestión también en las posteriores etapas de desarrollo. De modo que, estos sucesivos intentos de corrección, no han conseguido articular nuevas líneas teóricas y problemáticas, diversas a aquéllas de las cuales han extraído su origen, y más conformes con la propia complejidad de las nuevas estrategias empresariales, entendidas como formas expresivas de un nuevo modelo organizativo y de una nueva metodología de gestión de la actividad económica de la empresa (112).

Sin embargo, así planteados los términos del debate sobre los grupos societarios, los límites para una adecuada «sanción» de los posibles abusos actuados a través de estas nuevas formas organizativas, aparecen de inmediato, abriéndose no desdeñables interrogantes para conseguir este objetivo de control y gobierno efectivo por el Derecho, particularmente en lo referente a las elusiones de la normativa laboral. En este sentido, las dificultades son tanto de orden teórico como de tipo práctico u operativo —fundamentalmente de carácter procesal (113)— y derivan fundamentalmente de dos hechos:

1. Por un lado, el ya indicado carácter altamente artificial y la creciente inutilidad —incluso la función netamente ideológica— del criterio que desde hace tiempo viene condicionando el debate sobre este tema, y que se resuelve en la distinción entre «patología» —actividades empresariales efectuadas con el fin prevalente de eludir la legislación «tuitiva»— y «fisiología» de grupo —formas de agrupación que responden a efectivas exigencias de organización y gestión empresa-

(112) Para una profundización de estos problemas y de la actuación de las diversas sociedades del grupo como *instrumentalities* de la sociedad dominante *vid.* K. J. HOPT-G. TEUBNER, *Corporate governance and Directors' Liabilities*. De Gruyter. Berlín-New York, 1985; A. MAZZONI, «I gruppi di società nel diritto statunitense». En A. PAVONE LA ROSA (a cargo de), *I gruppi di società. Linee per una ricerca*. Il Mulino. Bologna, 1982, pp. 384 y ss.; XUEREB, «Interesse della società, interesse degli azionisti e dei dipendenti nella company law en el progetto di V direttiva CEE». *Contratto e Impresa*, 1988, p. 937 y ss.; *id.* «Limiti "bona fide" al poteri della maggioranza nella "company" inglese», *ibidem*, 1986, p. 175 y ss.; y entre los estudios que han recibido y a veces criticado la teoría de la *agency* y la noción de *control*, frecuentemente utilizada por la jurisprudencia anglosajona junto a la *teoría della entreprise entity*, cfrs. F. DE NOZZA, *Le discipline delle intese...* *op. cit.*; G. SCONAMIGLIO, «La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti», *Riv. Dir. Civ.*, 1985-1, partic. pp. 389 y ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *I gruppi di imprese*, *op. cit.* pp. 108-115.

(113) Para los problemas de orden procesal, que son los mismos, que los de la persona jurídica, *vid.* FONT RIBAS, «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses». *RJC*, n. 4 1982, y para algunos problemas teóricos, *vid.* G. MELIADO, «I persistenti dilemmi...» *ob. cit.* p. 60.

rial—. En este sentido, tales líneas de demarcación, no sólo aparecen cada vez más relativizadas, difusas e inciertas, sino que incluso resultan impracticables por el sentido fundamental de «anomalía» que reviste esta nueva «invención jurídica», caracterizado por la búsqueda de vías de escape del sistema de vínculos ordinarios —razones de mimetismo jurídico— (114).

2. Por otro lado, la limitada capacidad de reacción de los tradicionales «indicios mercantiles» sobre la «tiranía social», frente a situaciones de abuso vinculadas a estructuras y estrategias de organización en las que se actúa un poder de gestión unitaria que, aun formalmente amparado en Derecho, puede orientarse en su dinámica de funcionamiento hacia formas de explotación abusiva de la alteridad subjetiva empresarial. Desviación que encuentra un especial caldo de cultivo en la creciente pérdida de estabilidad y certidumbre de los clásicos centros de imputación jurídica, y de la extrema «reticularización» de las relaciones orgánicas y funcionales que tienen lugar en el «ámbito» de las empresas colectivas complejas, que culminan, como se vio, en una máxima relativización y flexibilización de la estructura de la empresa y de la figura del empresario.

Pese a ello, es posible advertir cómo la creciente dilatación de fenómenos de «instrumentalidad societaria» en sistemas jurídicos diversos del societario —que ha permitido poner de relieve una mayor conflictualidad ambiental o relacional, que no se agota ya en los originarios escenarios del interés de los acreedores y de los socios, sino que se extiende hacia el global sistema de empresa en sus complejos segmentos normativos en los cuales se articula (fundamentalmente en el Derecho de la Competencia y en el Derecho del Trabajo)— ha supuesto, al mismo tiempo y de modo paralelo, una ampliación de la del recurso a la técnica del «levantamiento del velo», para supuestos y con consecuencias desconocidas e incluso insospechadas (115). De esta manera, particularmente en relación al Derecho del Trabajo, el problema se ha resuelto en la *práctica*, no tanto en la búsqueda de nuevas y específicas técnicas de control del mismo, más elásticas y flexibles, sino en la selección de indicios o figuras sintomáticas más articulados y conformes a la especificidad del sector laboral y de los conflictos que en él se producen. De manera que sea posible verificar a través de ellos los diversos «usos anormales» de la estructura de grupo en la gestión de las relaciones de trabajo ejercidas en el seno de este singularizado espacio o ámbito socio-económico.

(114) Subraya las dificultades para trazar una neta línea de separación entre formas lícitas y formas ilícitas en la adquisición y utilización del factor trabajo, en particular en las nuevas figuras de descentralización productiva en el sector informático P. ICHINO. «*Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata*». En Aa. Vv. «*Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*», Giuffrè, Milano. 1988, p. 78.

(115) Para una visión de la doctrina del *piercing the veil doctrine* como instrumento para la prevención de injusticias en los usos instrumentales de las sociedades subsidiarias *vid.* GALLAGHER-ZIEGLER. «*Lifting the Corporate Veil in The Pursuit of Justice*». The Journal of Business Law, 1990, pp. 292 y ss.

De esta manera, la «doctrina laboral» de los grupos de empresas, tal y como viene configurada por la orientación mayoritaria de la jurisprudencia, no significa sino una particular «concreción» operativa de la doctrina del «levantamiento del velo» en un subsistema jurídico especializado. Ahora bien, no se trata de una simple trasposición de una técnica de un ámbito jurídico a otro, sino de un auténtico procedimiento de revisión y de modalización de su alcance —como es rasgo propio de la entera estructura y función del Derecho del Trabajo—, a través de un extenso proceso de enriquecimiento conceptual y operativo. Se trata con ello de resolver las dificultades que, los solos «*indicios mercantiles*», encuentran para adaptarse a las formas de abuso actuadas por los nuevos modelos organizativos de la actividad de empresa y a las diversas exigencias de tutela emergidas en un ámbito jurídico, como el de trabajo subordinado, cuya problematicidad no se agota en una óptica monetarista sino que se extiende a una gama variadísima de problemas ligados a la utilización y gestión de las relaciones de trabajo, y que además presenta significativas peculiaridades en orden a los rasgos definidores de la posición y la cualidad de sus propios sujetos.

Es precisamente para afrontar estos problemas que, la jurisprudencia, buscará una *línea reconstructiva de las nuevas formas de abuso* que, sobre una visión dinámica y funcional de la actividad de empresa, configure en el grupo mismo un «*ámbito*» de organización y actuación de un poder económico y social unitario (116).

Desde esta perspectiva, es posible confirmar cómo, la selección de particulares *índices laborales de un uso anómalo de la estructura societaria*, consiente diversas ventajas. En primer lugar, comporta una importante ampliación del área de aplicación práctica u operativa de esta técnica hermenéutica, identificando nuevos casos de «abuso de la personalidad jurídica», incluso cuando supuestos tales formas elusivas no son directamente expresivas de una alteración de los tradicionales modelos de organización societaria. En segundo lugar, implica una relativa superación o suavización de los crecientes y nada desdeñables obstáculos de naturaleza procesal —particularmente las dificultades de orden probatorio— a la hora de evidenciar la alteración de estas reglas inderogables de la sociedad (117). Finalmente, propicia importantes

(116) No es aceptable, pues, la imagen reductiva ofrecida por la STSJ de Navarra 29-6-1989, según la cual «la jurisprudencia... sobre el art. 1.2 ET, está fundada en la doctrina civil del levantamiento del velo...pero tal doctrina, surgida en el ámbito concreto de la empresa como unidad productiva, no puede extenderse sin desnaturalizarse, más allá de los límites de la unidad de organización para la producción» f. 2.

(117) Según una importante doctrina jurisprudencial, uno de los «puntos firmes» de la jurisprudencia laboral sobre los grupos de empresas «es la asignación de la carga de la prueba de su existencia y de sus particularidades a quien pretende hacer valer los efectos jurídicos-laborales atribuidos a los mismos». *Id.* STS Sala Social

relecturas teóricas de los mismos conceptos civilistas tradicionales, como el de «confusión patrimonial», que, como es sabido, ha representado desde siempre uno de los «grupos de casos» o supuestos tipológicos más comunes en la aplicación de la técnica del «levantamiento del velo» (118).

En esta última línea, —y con una indicación metodológica significativa—, la experiencia del Derecho del Trabajo, serviría para poner de relieve un nuevo y diverso modo de «confundir patrimonios», concretado en una confusión de relaciones de trabajo a través de *formas anómalas del uso promiscuo e indistinto de la fuerza de trabajo*, que aparecerá de esta manera como como nueva manifestación «típica» de una situación de confusión de «esferas» (119). Cabe concluir, pues,

3-5-1990, ar. 3946. Con lo que aparece un nuevo condicionamiento del tradicional debate sobre la persona jurídica, que atribuye la prueba del abuso o el fraude a quien lo invoca. Sin embargo, consciente el Tribunal de las dificultades de esta prueba, dada la irregularidad, oscuridad y falta de transparencia que se suele dar y en modo creciente en estas complejísimas estructuras empresariales, afirma que esta carga «no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociales o mercantiles del grupo» (vid. SSTs 5-1-1968 ar. 126, 12-11-1974, ar. 4050 y 11-12-1985 ar. 6094) al objeto de evitar que pueda «pesar sobre el productor contratado el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que en nada le atañen y que por supuesto, suelen ser muy difíciles de descubrir...» (SSTs 8-10-1987 ar. 6973 y 10-11-1987 ar. 7838).

(118) Para un amplio tratamiento del problema de la confusión de patrimonios vid. OLIVENCIA. «*La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*». En Estudios homenaje a URÍA. Madrid. 1978. pp. 499 y ss.; sobre las incertidumbres del concepto de confusión patrimonial vid. recientemente CH. HANNOUN. *Le droit et les groupes de sociétés*. op. cit. pp. 246 y ss.

(119) Cfrs. F. GALGANO, «*Unita e plurilita di impresa...*» ob. cit. p. vid. p. 24. Para esta visión amplia del patrimonio cfrs. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. Tecnos. p. 41. Junto a la «prestación laboral al grupo de forma indiferenciada» o «intercomunicación del personal», como otros «elementos esenciales» o indicios decisivos para la comunicación de responsabilidad a efectos laborales, la jurisprudencia y la doctrina destacan otros tres: «*unidad de dirección, mando y organización*» o «*ámbito funcional unitario*»; «*confusión de patrimonios sociales*» a través de una unidad administrativa y económica con una sola caja, o al menos un «*importante grado de comunicación*» entre tales patrimonios; y finalmente una «*dirección externa unitaria*» o una apariencia de actuación externa unitaria como conjunto o agrupación empresarial. Cfrs. SSTs. 8-10-1987, ar. 6973, 10-11-1987 ar. 7838, 12-12-1988 ar. 9592, 30-1-1990 ar. 233, 3-5-1990 ar. 3946; SSTSJ Andalucía 14-2-1992, ar. soc. 864, entre otras muchas. En doctrina, para esta sistematización vid. L. M. CAMPS RUIZ, «*Tratamiento laboral de los grupos de sociedades*». Actualidad Laboral, n. 34 y 35, 1990, aunque como advierte este autor, rara vez aparece identificado sólo uno de ellos, exigiéndose normalmente la concurrencia de todos ellos, p. 412. Como puede verse, la jurisprudencia laboral reelabora y utiliza los supuestos en que procede la aplicación del levantamiento del velo: confusión patrimonial, dirección externa, abuso de la forma jurídica, al que la se añade la infracapitalización, considerada por los Tribunales laborales como un ejemplo de abuso de la persona jurídica. Cfrs. sobre tales criterios J. M. EMBÍD IRUJO, «*La regulación mercantil...*» ob. cit. p. 979, y V. FRANCHESCHELLI-M. LEHMANN, «*Superamento della personalità giuridica e società collegate: Sviluppo di Diritto continentale*», en *Responsabilità limitata è gruppi di società*. Cuaderni Giur. Comm., Giuffré, Milano, 1987, p.

cómo entre los «indicios mercantiles» y los «índices laborales» resulta posible identificar una estrecha relación de complementariedad y de recíproca influencia. No sólo el concepto de «confusión de esferas patrimoniales» sale enriquecido y redefinido, sino que, en relación al Derecho del Trabajo, es posible ampliar los supuestos de gestión o utilización organizativa «anómala» de las relaciones de trabajo, independientemente de la verificación o no de una práctica de intercambiabilidad de trabajo, es decir, aunque las prestación de servicios no haya sido nunca «desviada» en favor de sujetos diversos del «empleador formal». Y ello en la medida en que no cabe desconocer como, toda operación de descentralización productiva que oculte en realidad una posición de dominio económico y de gestión ilimitado, puede leerse en última instancia como *ausencia de una propia capacidad de gestión y organización empresarial*, y por tanto de gestión de las relaciones de trabajo. Criterio éste que, como señala la jurisprudencia dominante, es el punto de deslinde esencial entre actividades lícitas e ilícitas de utilización indirecta o mediata del factor trabajo (120).

2.2. Paradojas de la preferencia judicial por un «uso laboral» del «levantamiento del velo» respecto de los mecanismos específicos de control de la interposición: el fraude como norma de cierre del Derecho de Trabajo.

Esta última reflexión coloca en el primer plano de la investigación las posibilidades reales que, para un control efectivo y más amplio de los actos y comportamientos de la autonomía privada, ofrecen la actuación de figuras tradicionalmente configuradas por la doctrina privatista, como el fraude de ley, el principio de la apariencia, la teoría de la simulación o los «negocios indirectos». Particularmente significativo es, a estos fines, el recurso argumentativo a la técnica del «fraude de ley», en la lectura de la moderna teoría de la persona jurídica por parte de las concepciones del «levantamiento del velo», de modo que de nuevo se confirmaría cómo este instrumento «clásico» tiende a asumir, en el ámbito de las relaciones laborales el sentido de una auténtica *regla normativa de clausura o cierre del sistema* (121).

(120) Cfrs. STS 7-3-1988, ar. 1863 y 27-2-1989, con importantes referencias jurisprudenciales; SSTSJ Cataluña 7-4-1992, ar. soc. 2254, con importantes síntesis de doctrina, aludiendo como punto de discriminación de la licitud e ilicitud a la falta o no de una «realidad propia y una actividad específica y diferenciada».

(121) Cfrs. L. MARIUCCI. *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*. Giuffrè, Milano. 1979. p. 166. Para una imagen positiva del uso de categorías y técnicas civilistas para garantizar la efectividad de los derechos de los trabajadores en relación a los supuestos de grupo *vid.* O. MAZZOTTA, «*Divide et impera*»: *diritto del lavoro e gruppi di imprese*. Lavoro e Diritto. 1988. pp. 366 y ss.; G. DE SIMONE. «*La forma-gruppo...*» *op. cit.* pp. 70 y ss. Esta versión saldría hoy reforzada con el reforzamiento que la prohibición del fraude ha experimentado con la reciente reforma laboral. *Vid.* particularmente arts. 40.1 y 51.1 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores, conforme redacción del R.D. Legislativo 1/1995 de 24 de marzo.

Pero así centrado el problema —el control de la «instrumentabilidad» societaria en el ámbito laboral— no podemos dejar de advertir la manifiesta emersión de un significativo interrogante, que se concreta en la verificación de una profunda desvinculación o desfase entre la registrada tendencia jurisprudencial a «tipificar» nuevos supuestos de abuso de la «forma de grupo», por un lado, y los escasos supuestos en los que los Tribunales recurren a los controles expresamente establecidos por las normas laborales, al objeto de reprimir los mecanismos de interposición en las relaciones de trabajo, por otro. Cuando la realidad es que las «coligaciones» o «vinculaciones» empresariales pueden constituir —y de hecho constituyen en ocasiones nada infrecuentes— una de las vías más fáciles de acceso al área de las interposiciones prohibidas, dadas las múltiples posibilidades que, la extrema flexibilización de la estructura de la empresa inducida por esta tendencia moderna a organizarla en *forma de grupo* o en *forma de red*, ofrece respecto a la desarticulación de las garantías normativas de los dependientes (122).

La preferencia por un *uso laboral* de la técnica del levantamiento del velo ante situaciones de «abuso» de las estructuras formales, no deja de manifestar, pues, una curiosa paradoja e incluso una cierta contradicción, en la medida en que se recurre a una figura genérica en vez de acudir a experimentadas técnicas de control específicamente previstas por el legislador laboral, cuyo objeto fundamental es precisamente mediar en las situaciones de tensión entre norma —garantías laborales— y práctica —distinto plan en la vida social y económica— (123). Aparente paradoja que aún parece ampliarse si se tienen en cuenta las diversas ventajas que a los efectos de articular una intervención de control ofrece el art. 43 ET, en cuanto línea de actuación normativa orientada a individualizar un mecanismo de control general y polivalente del problema moderno de la «disociación» entre utilizador efectivo de la prestación y empleador formal o parte contractual (124).

(122) Cfrs. L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato... op. cit.* pp. 176 y ss., P. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*. Giuffrè. Milano. 1980 p. 95 y ss., G. MELIADO, «Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo». Riv. Giur. Lav. 1980 p. 631 y ss., O. MAZZOTTA, «Divide et impera...» *op. cit.*; A. ASTOLFI, *Il controllo societario. La strumentalita della società controllata nell'ordinamento giuridico*, edic. provv. Università Pavia. Verona. 1988 pp. 285 y ss.

(123) En este sentido F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español». Documentación Laboral, n. 33. 1991, que ha afirmado que «la transferencia de trabajadores de una empresa a otra con personalidad jurídica diferenciada, aun dentro de un grupo, constituye un supuesto de cesión de mano de obra que despliega las consecuencias previstas en el artículo 43 ET», p. 47.

(124) Esta visión de instrumento de control de alcance general de las situaciones de interposición en el contrato de trabajo, tradicionalmente atribuido al art. 43 E.T., estaría destinada hoy a reforzarse por la mayor rigidez e intensidad de la prohibición adquirida en la nueva redacción, que sólo admitiría una excepción, frente a la tradicional interpretación flexible de la jurisprudencia, la de las Empresas de Trabajo Temporal (E.T.T.).

En efecto si la jurisprudencia laboral, para dar solución a las nuevas exigencias de flexibilidad de las empresas, había hecho una lectura permisiva del alcance del art. 43 E.T., denegando en vía interpretativa o corrigiendo la aplicación no sólo a supuestos

Lo que permite primar el momento organizativo o dimensión práctica sobre los datos formales, superando las eventuales dificultades derivadas de la «tipicidad» o «atipicidad» jurídica del supuesto de hecho real. Y que, además, consiente una autónoma y más amplia valoración de la posición de los sujetos de la relación jurídica laboral, tanto en su propio ámbito como en un contexto relacional más amplio propio de la dimensión organizativa de la actividad de la empresa y de la actividad de trabajo en la empresa (125).

El resultado final sería no sólo la puesta en acción de una conciencia social ya consolidada en orden al control de las técnicas de adquisición y utilización indirecta de la relación de trabajo, incluso a través de estas nuevas y más complejas y sofisticadas formas, sino también, y sobre todo, la posibilidad de recurrir a categorías interpretativas sobre estos fenómenos interpositorios, ya experimentadas y directamente previstas por las normas, que sirven para coligar la prestación de trabajo a su contexto económico social, emancipando, al mismo tiempo, la operación hermenéutica de toda difícil connotación subjetiva del comportamiento de las partes. De modo que, el art. 43 ET, aparece como un *específica concreción normativa de los principios generales contenidos en el art. 6.4 ET, pero significativamente cualificada desde el punto de vista hermenéutico, tanto en su dimensión sistemática como problemática*, por lo que no puede descartarse a priori una lectura del art. 43 ET como instrumento válido para alcanzar resultados significativos en la búsqueda de controles efectivos respecto de estas nuevas formas de abuso de las estructuras formales de las empresas (126).

de Empresas de Trabajo Temporal, sino a otra gama más amplia de nuevas formas de gestión indirecta de la mano de obra, parece ahora claro que si la ley sólo admite una excepción para las E.T.T., la prohibición deberá abarcar a prácticas antes toleradas o admitidas jurisprudencialmente. *Vid.* redacción art. 43 en el nuevo Estatuto, R.D.L. 1/95 *cit.*, y la Ley 14/94, 1.6. reguladora de las E.T.T. En nuestra opinión, sin embargo, creemos que los imperativos de flexibilidad gestional y organizativa determinarán una interpretación igualmente relajada o permisiva, tratando de asegurar o tutelar un efectivo equilibrio entre intereses de los trabajadores y empresariales, como está ocurriendo respecto de las prácticas de circulación de trabajadores en los grupos.

Vid. sobre el tema en general, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid. 1992.

(125) Para la importancia de esta valoración en general *vid.* J. A. NAVARRO, *op. cit.* p. 183.

(126) Para un entendimiento de la finalidad típica de la interposición en la contratación laboral como configuración de una «apariencia para eludir normas imperativas», *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, «*Interposición y mediación en el contrato de trabajo*», *Rev. Política Social*, n. 91, p. 39; lo que «es tanto como decir que el fraude es de esencia a la institución», *vid.* GALIANA MORENO, «*El fraude de ley en las relaciones de trabajo*». *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*. Homenaje al prof. ALONSO OLEA. MTSS. p. 462. En este sentido se ha señalado que es la «interposición fraudulenta o especulativa la que lesiona o perjudica los derechos de los trabajadores y la que afecta al buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales, y es, por ello, la que pretende extirpar el legislador», *cfrs.* J. GARCÍA MURCIA, «*Cesión de trabajadores*». Comentario al art. 43. Comentario a las leyes laborales. Tomo VIII. EDERSA. 1988, y SSTs 7-3-1988, ar. 1863, 1-9-1986, ar. 7251, STCT 15-11-1985, ar. 6643, entre otras. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el supuesto de cesión no requiere sólo estructuras carentes de auténtica autonomía empresarial, de tal manera que aunque la existencia de una estructura de grupo no suponga anular la autonomía jurídica y económica de las distintas sociedades, esto no excluye sin más que tal estructura

Ahora bien, esta advertida contradicción inicial resulta más aparente que real. Y ello al menos por dos razones: por un lado, el reclamo directo, por parte de la jurisprudencia, al «abuso de la persona jurídica» para derivar consecuencias laborales del recurso empresarial a la estructura de grupo, constituye, en última instancia, una cláusula de estilo o incluso un nuevo argumento «metafórico» para justificar la aplicación de las normas de la «interposición prohibida» al área de los «falsos grupos» o de las empresas unitarias «travestidas» de grupo (usos patológicos). Para ello se hace prevalecer las líneas de política jurídica y las finalidades, en definitiva, la *ratio* o el espíritu de la intervención estatutaria en materia de control y gobierno de la descentralización productiva contenida en estas normas, pues la exclusión de su aplicación no se acompaña igualmente de la exclusión de sus efectos o «sanciones» jurídico-laborales, que son aplicadas análogicamente. En este sentido, los tribunales laborales no liberan el trabajo del operador jurídico de la carga de la aplicación analógica de la disciplina de las figuras normativas con las cuales más directamente se conecta (127).

Por otro lado, esta aparente indiferencia a los mecanismos de interposición, es altamente reveladora de un generoso reconocimiento por parte de los Tribunales de la legitimidad de estas figuras, así como de una conciencia, en el fondo; de la inadecuación de estos mecanismos tradicionales para hacer frente a la complejidad y variedad de problemas que estos nuevos modelos organizativos de empresa plantean al Derecho del Trabajo, no todos reconducibles a hipótesis patológicas. Es decir, los Tribunales van tomando conciencia, más o menos implí-

no pueda dar lugar a una interposición de la relación de trabajo ex art. 43 ET. No debe olvidarse que aparece la figura de la cesión ilegal de trabajadores cuando el trabajador presta sus servicios integrado en el conjunto de trabajadores de la cesionaria, bajo sus instrucciones y sus instrumentos, siendo indiferente en estos supuestos la seriedad, solvencia e importancia de la empresa cedente. Cfr. STS 12-9-1988, ar. 6877. Más recientemente *vid.*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Cesión de trabajadores... op. cit.*, y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*. Tecnos. 1995.

(127) Ilustrativa es al respecto la STS de 26 de noviembre de 1990, ar. 8605, que en relación al problema conocido con carácter general como de la «circulación del trabajador dentro de las sociedades del mismo grupo»; ha entendido que las «analogías con la cesión de trabajadores» regulada en el ET «son patentes», centrándose la diferencia en que, «salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario *real*». Al contrario, la movilidad responde a «razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo». Ahora bien, esta «práctica...» ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, *aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores*. Cfrs. en este sentido L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral... op. cit.* p. 74. La técnica de la coaligación de sociedades puede utilizarse precisamente para defraudar la normativa laboral y, concretamente, para eludir la prohibición del artículo 43 del E.T., como es el caso de las «sociedades de explotación», o de «gestión de personal», en dependencia completa de una sociedad madre, y cuya única finalidad es la constitución de un centro artificial de imputación de normas laborales de carácter sectorial, o la elusión de determinadas reglas imperativas. En estos casos sería aplicable plenamente el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores». Cfrs. J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.* pp. 315-316. *Vid.* STCT 4-6-1987.

citamente, de que el problema jurídico de la empresa colectiva con estructura de grupo, en modo alguno se agota en el problema del «abuso de la persona jurídica», confirmando las propias dificultades para el tratamiento jurídico de las formas «atípicas» o «anormales» a través de una forzada aplicación de los esquemas normativos «típicos», más aún si se tiene en cuenta la persistente imagen del grupo como realidad informal —hoy ciertamente relativizada por el sistema—.

De ahí que, ni una reelaboración o ampliación en clave laboral de los indicios que determinan la aplicación de la «clásica» técnica del «levantamiento del velo jurídico», ni una relectura en sentido teleológico y evolutivo de las experimentadas técnicas iuslaborales de control de los mecanismos interpositivos en la relación de trabajo, permiten la comprensión jurídicamente significativa de un creciente número de cuestiones planteadas al sistema de Derecho contemporáneo. Y ello en la medida en que tal complicación problemática trae causa de la emersión en la escena social y económica de «referentes» dotados de mayores niveles de complejidad. Por eso, la *línea de fondo inspiradora* de la labor de los jueces es cada vez menos una preocupación, más o menos explícita, por evitar la elusión de las normas protectoras del Derecho del trabajo, y cada vez más se hace proclive a plantear y resolver el relativo problema desde el plano de la adecuada calificación jurídica de la relación en el ámbito laboral, por tanto dependiente de un procedimiento valorativo. Lo que, en última instancia, reenvía al sistema normativo en el cual la noción viene en uso y a sus parámetros reconstructivos e interpretativos, en atención al esquema de intereses puesto en juego por las concretas relaciones jurídicas, particularmente de las relaciones de trabajo, desde el punto de vista funcional y de conformidad con las exigencias de regulación y de las finalidades u objetivos de política del Derecho, parámetros propios de este sector normativo (128).

La fórmula del *levantamiento del velo*, por tanto, constituye una fórmula que no puede ser sobrevalorada, ni, en buena medida, utilizada para alcanzar toda la densidad teórica y problemática de los múltiples y complejos problemas que la evolución del sistema de Derecho y de su contexto relacional o ambiental está experimentado, so pena de la emersión de manifiestas ficciones o de la reapertura de nuevas aporias o situaciones de *impasse*. Ni las conocidas técnicas de la interposición de personas, ni del «levantamiento del velo», modeladas fundamentalmente en relación a la categoría de los actos jurídicos, sólo con enormes dificultades y extremas simplificaciones pueden proyectar útiles servicios para la comprensión *sub specie*

(128) En definitiva, se tiende a seguir el procedimiento conocido para la calificación misma de la relación de trabajo como subordinado o autónomo, reconduciéndose la cuestión a un problema de subordinación. *Cfrs.* G. MELIADO, *Il rapporto di lavoro... ob. cit. passim*. En esta línea de interés resulta la STS 3-5-1990, ar. 3946, que entiende que las consecuencias laborales de las agrupaciones empresariales dependen de la propia «configuración del grupo» —situación creada de hecho y relieve del momento organizativo—, y de las «características funcionales» de la relación de trabajo —momento normativo—.

iuris de la actividad de empresa y del contexto organizativo en que se desarrollan las relaciones jurídicas, típicamente las relaciones de trabajo (129). En esta perspectiva, el problema de la comprensión jurídica de la empresa colectiva de grupo, incluso en sus manifestaciones «patológicas» —si se tienen en cuenta las afirmaciones hechas precedentemente en relación a la estrecha conexión entre normas y observación de hechos sociales como manifestación del principio de efectividad— sólo puede ser alcanzada mediante una adecuada valoración del concreto sistema normativo con el que interaccionan las estrategias de gobierno de la empresa, que representan el contexto organizativo de, en nuestro caso, de la actividad de trabajo subordinado, pero también de las distintas relaciones jurídicas, múltiples y heterogéneas, implicadas en la actuación de las nuevas formas de empresa.

Lo que impone la selección de claves de lectura capaces de combinar en grados adecuados la tipicidad jurídica y la tipicidad social de una determinada normativa, confirmando la aridez de todo camino que se concrete en una alternativa o en una contraposición entre «dato jurídico» y «dato económico o sociológico». En definitiva, se exige poner en escena otros parámetros de valoración y un diverso y más complejo nivel metodológico en relación a la conceptualización de la persona jurídica, que en lo referente a la teoría jurídica de la subordinación aparece como una categoría «neutra», pero también en la definición competencial de grupo, o en la definición tributaria de grupo etc.

3. POR UNA RECUPERACIÓN Y DESARROLLO EVOLUTIVO DE LA OLVIDADA DIMENSIÓN «FISIOLÓGICA» DEL «LIFTING»: DE LA CLÁUSULA DEL «ABUSO» AL «PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA» DE LAS FORMAS JURÍDICAS COMO OPCIÓN DE MÉTODO PARA LA DISCIPLINA DE LA EMPRESA DE GRUPO.

En esta línea superadora de las perspectivas reductivas y desviadas que implican toda orientación metodológica asentada sobre la «patología», no

(129) No por casualidad ha sido el análisis laboral el que ha señalado la emersión en el sistema jurídico de momentos de control sobre la «actividad de la empresa» que no se agotan en la referencia al concepto más limitado de acto o negocio, sino que se extiende a la actividad organizativa del empresario y que más que un remedio a la crisis de funcionalidad de una relación contractual expresan un entendimiento reequilibrador en las relaciones de empresa. *Cfrs.* M. D'ANTONA. *La reintegrazione nel posto di lavoro*. Cedam. Padova. 1979. pp. 57 y ss., 67 y ss. sin embargo, para algunos apuntes en relación a la posibilidad de recurrir al concepto de fraude de ley también para controlar los comportamientos y las actividades de los particulares, no limitados a los simples actos, revocando la idea de procedimiento *vid.* J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, que sigue las aportaciones de un cierto sector de la doctrina italiana. *El fraude de ley... op. cit.* pp. 183 y 184, particularmente de CONSTANTINO, para el cual «la naturaleza del negocio —cual emerge del complejo de circunstancias en que se desenvuelve, de las cualidades de las partes, del tipo de bien a que hace referencia— tiene un valor decisivo en la elección de la normativa a aplicar. De manera que, en la medida en que el negocio no se agota en el contrato, la regulación predispuesta para el concreto tipo contractual...debe integrarse con...la disciplina de la actividad, entendida ésta, no en los términos reductores de actividad organizada hacia la empresa, sino comprensiva de los aspectos relativos a la producción, circulación y distribución de la riqueza». En el libro *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, p. 371. *cit.* por el autor p. 184.

podemos dejar de recordar que la técnica del levantamiento del velo no fijaba al reconocimiento de la «forma» sólo el límite de la posibilidad de un «uso» abusivo de la persona jurídica. Junto a éste límite inmanente —y esto es algo que se suele olvidar en la mayoría de las construcciones recientes—, esta teoría individualiza otro, también inmanente o «natural», centrado en la necesidad de respetar, siempre y en todo caso, el mandato de una norma dirigida a proteger un principio o un interés prevalente a aquél garantizado con la atribución de una alteridad subjetiva a la sociedad (130).

Este límite pone de relieve la necesidad de tomar especialmente en cuenta la intrínseca relatividad e incluso la propia «neutralidad» de este concepto en vistas a la resolución de importantes problemas del Derecho de Sociedades, abriendo nuevas fronteras a la posibilidad de aplicar esta «doctrina» para plantear y resolver algunos de los problemas cruciales de las relaciones entre sociedades vinculadas o «coligadas» en el ámbito del Derecho de Sociedades. Buena parte de los problemas jurídicos suscitados por los grupos quedan, así, planteados como problemas específicos de aplicación e interpretación de normas y principios ya existentes en el Derecho positivo, sobre la base de la verificación de un conflicto entre diversos intereses cuya solución implica que las personas jurídicas dominantes y dependientes deban «ser tratadas como unidad cuando, de lo contrario, no podría lograrse la finalidad de una norma del Derecho de sociedades que exija especial atención por la importancia que el legislador le haya atribuido» (131).

Las limitaciones de esta versión «fisiológica» del «levantamiento del velo» —que legitima un método hermenéutico asentado sobre la significatividad del real contenido normativo de las múltiples situaciones normativas reguladas— para convertirse en un válido principio de solución jurídica de las diversas temáticas de la empresa colectiva de grupo coligadas, particularmente para organizar la disciplina de las relaciones de trabajo, reside en el restringido campo de operatividad en que actúa. En efecto, desde el punto de vista normativo, la eficacia de la doctrina viene limitada al Derecho de Sociedades, que sigue manteniendo la tradicional impermeabilidad del sistema global de la empresa de sus diferentes componentes. De esta manera se perpetúa la hegemonía de la perspectiva de la empresa social sobre la influencia que es posible ejercer por los demás sectores normativos —derecho del trabajo,

(130) Plenamente congruente con su idea de que en la aplicación de la doctrina del «disregard» ha de tenerse en cuenta principalmente el «criterio teleológico», pasando a segundo plano los argumentos lógicos, R. SERICK, individualizó también supuestos en los cuales «la exacta aplicación de la norma exige que se levante el velo de la persona jurídica porque de lo contrario sería un obstáculo para que se viera que existe una efectiva unidad personal que se ofrece jurídicamente como una diversidad de personas» *ob. cit.* p. 228, cuando la norma que se debe aplicar «presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva», *ob. cit.* p. 256. *vid.* también pp. 137 y ss.

(131) *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 148.

derecho de la competencia, derecho económico etc.— sobre aquel sistema, restringiendo los conflictos de intereses que son tomados en cuenta para el «desconocimiento» de la persona jurídica a aquellos sectores específicamente vinculados a la estructura social de la empresa, y volviendo al esquema tradicional de solución de problemas de la dialéctica «regla-excepción» (132).

Esta dimensión del «levantamiento del velo» reconocida para el campo societario, no condicionada a la verificación de una situación de abuso —y pese al lenguaje marcadamente metafórico que sigue empleando—, sin embargo, poner en juego imágenes, conceptos y principios de enorme significación, que en modo alguno es posible ya restringir al Derecho de Sociedades, sino que vislumbra fronteras y ofrece connotaciones con un radio de acción mucho más amplio, registrable en los diversos estatutos normativos influyentes en el entero sistema de empresa (133). Una manifestación práctica de esta diferente perspectiva del «levantamiento del velo» la ofrece —suministrando significativas indicaciones de método reconstructivo y operativo— el Derecho de la Competencia Comunitario, en los cuales la individualización de una realidad unitaria bajo la formal pluralidad ha venido de la cuidada atención a la garantía de los intereses prevalentes implicados, con expresa marginación de la forma atribuida por el Ordenamiento a la organización empresarial. En este contexto, la «teoría» del «levantamiento del velo» aparece como una inequívoco fundamento sobre el que se asienta el principio de transparencia de las lógicas o metodologías de gestión y organización empresarial, básico en el nuevo Derecho del mercado financiero y en general, en todos los sectores normativos que responden a los imperativos del Derecho social y económico contemporáneo —Derecho de consumo, Derecho ambiental, Derecho de seguros, Derecho del Mercado de Valores, Derecho tributario y financiero, etc. etc.—, y que aparece en la base de buena parte de las orientaciones jurisprudenciales, doctrinales e incluso legislativas en orden a valorar unitariamente la realidad del grupo y extraer las debidas consecuencias jurídicas en relación a determinados problemas.

La propia necesidad de individualizar el efectivo esquema de intereses implicados en estos nuevos modelos organizativos, en relación a los instrumentos de utilización y gestión de las relaciones de trabajo, deja aflorar una inesquivable exigencia de realizar aquel objetivo de

(132) En este sentido se afirma que si bien no es posible admitir el descarte de la forma de la persona jurídica por el hecho de alegar la «imposibilidad de realizar la finalidad de una norma o de un negocio jurídico», esta «regla general» debe «sufrir una excepción» cuando «se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no debe encontrar obstáculos ni de manera indirecta». Cfr. R. SERICK, *ob. cit.* p. 246, y siempre que se trate de un conflicto que se desarrolle «dentro de la esfera del Derecho de Sociedades», *ob. cit.* p. 249.

(133) Esta extensión estaba ya en alguna medida intuida por R. SERICK, quien ponía de relieve cómo, en cualquier caso, un «estudio completo» de los problemas suscitados por las «relaciones jurídicas entre sociedad madre y filial, *trust* y *konzerns*», permitiría surgir muchas cuestiones de «diversa clase que autorizarían que se postergara la forma de la persona jurídica», *ob. cit.* p. 251.

transparencia en la gestión de la actividad de trabajo subordinado. Esta finalidad de transparencia contractual y organizativa —sometida a una particular tensión por las actuales prácticas empresariales mediante la tendencia a organizarse en complejas estructuras de grupo y reticulares— se concreta en la reconstrucción de una imagen fiel de los niveles de decisión y de los modos en que viene ejercido el poder de dirección y organización unitaria, en orden a verificar el grado de compatibilidad entre las diferentes valoraciones de interés, en función de las cuales se define el sistema de la empresa colectiva y los motivos y finalidades de los diferentes segmentos normativos que con él interactúan (134).

La dimensión fisiológica de la teoría del levantamiento del velo —ampliamente ignorada por la doctrina española e italiana reciente— emerge como una sólido fundamento para actuar un nuevo método para proceder a la calificación de los fenómenos de grupo, a través de una investigación centrada en un doble criterio: resolver los problemas planteados atendiendo al interés protegido por aquellas normas que, en unos casos presuponen un determinado resultado sustancial —normas materiales— independientemente de la pluralidad jurídica, y en otros, la autonomía de las sociedades integrantes del grupo aparece perfectamente compatible con el objetivo perseguido por tales normas. La dimensión estrictamente normativa no puede escapar: atención a los fines establecidos por las propias normas en función de las propias exigencias sociales y económicas necesitadas de regulación.

El mayor inconveniente para concretar este emergente principio de indudable significación jurídica sistemática, reside en las propias dificultades para identificar los preceptos jurídicos generales aptos para consentir la «superación» de los efectos de la regla de la autonomía jurídica en beneficio de un interés legítimo prevalente. Por eso, el problema se reconduciría a una verificación en cada norma «teniendo en cuenta los motivos de orden legislativo y las necesidades económicas» (135). Estas normas sin duda se vinculan a la categoría de las denominadas *normas materiales*, orientadas a la consecución de determinados resultados económicos y pragmáticos, independientemente de la forma jurídica preelegida para actuarlo. Se caracterizan, pues, por una vocación finalista concreta, de modo que no se limitarían sólo a establecer las «re-

(134) Para un intento reciente de construir un principio de solución al problema de los grupos a través de este objetivo de transparencia *vid.* CH. HANNOUN, *Le droit e les groupes de sociétés. L.G.D.J.* París. 1991. Ejemplo de esta aplicación fisiológica de la teoría del levantamiento del velo en nuestro actual Derecho de Sociedades son los arts. 74-79, que contemplan la figura de la «sociedad dominante» en relación con «los negocios sobre las propias acciones», nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, R. D. Legislativo 1564/1989, 22-10, y arts. 42-49 del Código de Comercio, reformados, que contemplan la «presentación de cuentas de los grupos de sociedades».

(135) *Cfrs.* R. SERICK. *Op. cit.* p. 148.

glas del juego» a las que han de atenerse los operadores jurídicos —normas prevalentemente procedimentales— sino que ellas mismas dotan de contenido sustancial a las relaciones jurídicas, incidiendo plenamente sobre la esfera de la autonomía privada y la iniciativa económica (136).

Como ejemplos mayormente representativos de la consolidación de este principio y este objetivo en nuestro ordenamiento, pueden citarse cuatro datos, tres extraídos de las fuentes legales y otro extraído de las «fuentes» jurisprudenciales al máximo nivel, es decir, un pronunciamiento del TCO. En primer lugar, es obligado aludir al art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, que determina un supuesto de «corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante» (137). Este precepto introduce, a nuestro juicio, un principio de solución jurídica esencial para el desarrollo de una moderna disciplina general de la empresa con estructura de grupo, y contribuirá señaladamente al abierto proceso de tipificación de este nuevo modelo organizativo de la actividad de empresa. Esta norma implica una concreta manifestación de un principio de orden público económico de origen constitucional, que confirma la necesaria correlación entre el ejercicio de un poder de dirección efectiva y la asunción del necesario corolario de la responsabilidad por todos aquellos comportamientos que en tal ejercicio encuentra su razón de ser —su *ratio* es explicable con el viejo brocardo del *cuius commoda eius et incommoda*—. A este propósito procede a una redefinición de las «condiciones de uso» de la autonomía jurídica de las «empresas» integrantes del complejo,

(136) Cfrs. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I. Giuffrè. Milano. 1957. pp. 50 y ss.; y vid. G. MINERVINI. *Intervención en la Mesa Redonda de la Rivista giuridica del lavoro, sobre «Gruppi di societa, imprese collegate e rapporti di lavoro»*. 1979. n. 9-10. p. 415; y B. INZITARI, «La "vulnerabile" persona giuridica», *op. cit.* p. 691.

(137) El art. 8 de la Ley 16/1989 dispone que «a los efectos de aplicación de esta Ley, se entiende que las *conductas* de una empresa prevista en la misma, son también *imputables a la empresa que controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta*». Artículo que, en nuestra opinión, debería interpretarse sistemáticamente con el art. 13 de la misma Ley en orden a poder conducir una acción de resarcimientos de daños y perjuicios «fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley» también frente a la controlante que ha ejercido tal influencia dominante, determinando su comportamiento económico, y dando lugar a una empresa única aunque subjetivamente compleja. Esta es la orientación del Derecho de la Competencia Comunitario y así se ha producido en importantes casos internacionales como el del AMOCO-CÁDIZ, sobre responsabilidad en caso de daño por contaminación, con fundamento en la verificación de una relación de *Instrumentalitati* entre la *holding* y la sociedad subsidiaria, y que abre amplias perspectivas a la ampliación de la responsabilidad en una variada gama de situaciones en las cuales el ilícito de la controlada haya sido producido como consecuencia de las instrucciones o de la determinación del comportamiento económico por la controlante. Cfrs. BONELLI. «*La responsabilità della societa controllante per gli illeciti delle proprie controllate*». En *Dir. Comm. Intern.* 1987, p. 347 y G. SCONAMIGLIO. «*La responsabilità...*» *op. cit.* partic. pp. 389 y ss.

proporcionando unas indicaciones de método significativas para la reflexión metodológica general.

En efecto, esta norma no presupone en modo alguno una subjetividad unitaria de la empresa compleja, ni queda planteado como una elección sustancialista en el contraste entre «norma jurídica» y «norma económica». La situación de grupo, pues, lejos de constituir un límite a la aplicabilidad de la disciplina sobre la competencia representa un efectivo punto de referencia para la adecuación de la normas a las situaciones creadas de hecho. En realidad, es un precepto expresivo de una línea dirigida a individualizar el efectivo alcance de la legislación que viene en uso, al objeto de consentir un *principio de agravación de la responsabilidad* de la controlante de conformidad con la propia forma organizativa de la empresa —dato organizativo— y los fines perseguidos por la disciplina de la Competencia —dato normativo teleológico—. La función de esta disposición legislativa, en última instancia, ilustración de un sentido pragmático del legislador, podría ser la de constituir una *sanción civil indirecta*, en cuanto dirigida a «proteger un interés general» y a garantizar «la efectividad del ordenamiento jurídico» (138).

También las normas sobre consolidación de los grupos de sociedades pueden leerse a la luz de este principio general de transparencia, en cuanto es posible individualizar su *ratio* en la configuración de una imagen del valor económico y financiero del complejo que responda fielmente a su dimensión organizativa global, con abstracción del propio principio de autonomía de las sociedades integrantes. Pese al alcance «formal» de esta normativa, que no diseña un derecho material o atienente al contenido del fenómeno de los grupos, y ni siquiera establece consencuencias en orden a una posible comunicación de pérdidas y ganancias entre las diversas sociedades que forman parte del perímetro de la consolidación, es posible encontrar una importante indicación metodológica general: la ya señalada tendencia normativa, jurisprudencial e incluso doctrinal a definir el grupo en función del interés y del objetivo o de la finalidad y el real contenido normativo de una disciplina e incluso de una concreta norma (139).

(138) Cfrs. F. GALGANO. «*Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premuesse generali*». Contratto e Impresa. 1987, pp. 532-534.

(139) Como se sabe la nueva normativa española acerca de la obligación de presentar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de los grupos de sociedades aparece en los arts. 42 y ss., que define el perímetro de la consolidación de grupo en atención a una finalidad particular: representar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto. Se recibe así en España la Séptima Directiva sobre cuentas consolidadas, sobre la cual se puede ver J. EMBID IRUJO. «*Los grupos de sociedades eu la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas)*». En E. GARCÍA DE ENTERRÍA et altri. *Tratado de Derecho Comunitario europeo...* Tomo III. 1986. pp. 73 y ss.

Una tercera norma en la que podemos rastrear la presencia de un principio de transparencia es el art. 1.2 Estatuto de los Trabajadores, que coloca en la posición jurídico-laboral del empresario también a las «comunidades de bienes», confirmando el proceso señalado de despersonalización o impersonalización del concepto de empleador (140). Aunque en el apartado siguiente realizaremos la crítica a una lectura formalista del precepto, que ve en la figura de la comunidad de bienes un empresario en todo caso, sólo porque el tenor literal así lo afirma, ahora creemos suficiente poner de relieve el significado de este precepto como ruptura de la capacidad de condicionamiento del concepto de persona jurídica, que proporciona una mayor «visibilidad» y transparencia de las efectivas estructuras y de las técnicas organizativas y de conducción empresarial. Para ello se amplía la condición de empresario a todos aquellos sujetos que participan de un interés común en relación a la utilización de la prestación de trabajo.

Finalmente, otro ejemplo de la vigencia del principio de transparencia aparece en la STCO 6/1991 15-1 (Grupo Rumasa) que, con objeto de permitir la defensa de intereses legítimos prevalentes, ya sean privados —depositantes, accionistas externos al Grupo—, privados pero de enorme proyección social —trabajadores—, ya sean públicos, incidentes en el «interés de la comunidad» —defensa de la propia estabilidad del sistema financiero—, consiente la posibilidad de expropiar, por razones de utilidad pública e interés social, entero complejo como «unidad económico-financiera», «más allá de su configuración formal». El grupo aparece así como objeto unitario de un acto normativo, convirtiéndose en el centro de imputación objetiva de la Ley particular. En esta sentencia constitucional —en relación a nuestro tema— se contiene una de las características de fondo más importantes de la actual teoría jurídica de la empresa, centrada en la proyección de una imagen de la organización global como una estructura de gobierno y no simple función de producción, que progresivamente emerge como «constelación de intereses» diversos, como estructura económica compleja en la que están interesados diversos sujetos y catalizadora de un círculo creciente de intereses implicados en la empresa como sistema de acción colectiva —intereses privados y públicos—. De modo que las estrategias de grupo consentirían la puesta en acción de programas de intervención por los poderes públicos en aras a conseguir la propia transparencia de la empresa, que es precisamente el objetivo marcado por los diversos proyectos comunitarios de reforma de la empresa con estructura compleja. En cualquier caso, vuelve a confirmar la centralidad de los trabajadores como grupo que ve progresivamente incrementar la institucionalización de su presencia en la empresa, a través de modelos y técnicas muy diversas y articuladas (141).

(140) Para la idea de una ruptura *ex lege* del principio de la personalidad como *conditio sine qua non* para adquirir la condición de empleador *vid.* J. L. MONERO PÉREZ. «Aspectos laborales de los grupos de empresas», *op. cit.*, p. 106.

(141) Para los diversos modos *vid.* T. TREU. «Gruppi di imprese e relazioni industriali...» *op. cit.* pp. 650 y ss.

En cualquier caso, las diversas concreciones de este principio y objetivo de transparencia, decisivo en relación a la gestión de las relaciones de trabajo, no son en modo alguno expresión de la primacía de la realidad económica sobre la realidad jurídica, por lo que la observación de un determinado hecho en la vida social no puede justificar por sí solo una solución de Derecho. Al contrario, la prevalencia de la regla jurídica o *norma material* sobre el principio de la autonomía de las sociedades integrantes del grupo, es siempre y en todo caso la resultante de un procedimiento valorativo que vincula una concreta situación de hecho a una determinada norma jurídica, con objeto de asegurar la realización del interés prevalente, que constituye la *ratio* inspiradora de la norma (142). De modo que también desde esta perspectiva vendría a confirmarse la intrínseca relatividad y funcionalidad de este concepto. Hasta el punto que podría concluirse, sin temor a errar, que los mayores obstáculos para fijar una definición homogénea o general de grupos no son tanto razones de orden técnico o dogmático para individualizar un criterio de «pertenencia» de la sociedad individual al global complejo económico organizativo, como las razones propias del rasgo general de pluralidad y diversificación del entero sistema de Derecho contemporáneo, tan característico de las actuales estrategias de gobierno del sistema socio-económico (143).

Desde esta perspectiva, es incuestionable la estrecha relación que existe entre el significado y alcance de las teorías del *lifting* o *disregard* («levantamiento del velo»), y el principio de transparencia. Así, desde una conceptualización jurídica estricta de este último, identificado con el más restringido sentido que adquiere en el ámbito tributario —«régimen de transparencia fiscal»—, es posible encontrar perfiles de similitud —que no de identidad— funcional, en cuanto que ambas vienen configuradas por el legislador, incluso en la época actual, como *técnica de control de una creciente gama de usos instrumentales de las*

(142) Cfrs. R. SERICK. *Ibidem*. No compartimos, pues, la identificación hecha del concepto jurídico genérico de transparencia con el principio de realidad económica. Vid. R. FALCÓN Y TELLA, *Análisis de la transparencia tributaria*, 1984, particularmente p. 38 y ss.

(143) Cfrs. DE LA CUESTA RUTE. «El grupo de empresas en el estatuto de la sociedad anónima europea» RDFHP. 1975, pp. 375 y ss., y recientemente afirmada en un plano de reflexión general por CH. HANNOUN. *Le Droit et les groupes de sociétés*, op. cit. p. 192. En un plano general, para esta diversidad y para la incapacidad actual de la Ciencia jurídica y del Derecho estatal para una visión global del sistema socio-económico y por tanto para habilitar una intervención de control general vid. P. BARCELLONA, «*Ruolo del giudice...*», que pone de relieve cómo las «categorías del derecho igual, la abstracción y generalidad de la norma, los presupuestos de la actividad judicial y administrativa, resultan continuamente desmentidos por la pluralidad de los estatutos jurídicos, correspondientes a las diversas figuras sociales, por la diferencia de regímenes jurídicos y criterios de juicio», p. 73. No son por tanto cuestiones instrumentales las que impedirían una visión global y unitaria —por otro lado necesaria y urgente— del problema suscitado por los grupos al Derecho, sino profundos cambios sustanciales en la organización económica y social. Cfrs. sin embargo para esta idea de dificultades derivadas sólo de haberse detenido los juristas en aspectos instrumentales vid. R. URIA, «*La teoría de las concentraciones...*». Para una confirmación de estas situaciones contradictorias en el sistema de Derecho vid. L. FERRAJOLI, «*La teoría semántica del diritto...*», op. cit.

estructuras societarias, tanto en el ámbito nacional como transnacional, en particular comunitario (144). Aunque es sobre todo desde una concepción jurídica amplia o genérica —pero igualmente técnica, pese a lo que suele creerse— de la transparencia, como auténtico y genuino principio general del Derecho contemporáneo, de donde podemos encontrar la mayor aproximación entre ambas ideas, hasta el punto de llegar incluso a confundirse. Así, la conexión es clara si por transparencia en el Derecho se entiende el objetivo de «trascender, penetrar más allá de la cosa o el elemento que la realidad y su forma externa presentan. Para procurar entrar en la intimidad, en lo oculto tras el elemento externo y aparente, normalmente caracterizado por los índices de publicidad» (145). Una visión que tiene, además, la ventaja de conciliarse con el concepto económico de transparencia, como principio general de la Economía financiera y de la misma Economía política, que se conecta estrechamente con el objetivo de conciliar estrechamente los fines de certeza y de justicia, a través de su identificación con el principio de interdicción de la arbitrariedad (146).

Ahora bien, y aunque no podemos detenernos a realizar el análisis más detallado que la centralidad del tema merece, sí conviene ahora dejar claro que la utilidad del recurso a este concepto para el sistema jurídico no puede hacerse sobre la base de reintroducir una noción pretendidamente omnivalente, de tipo ontológico, válida para todos los sectores normativos y para todas las normas que reclamen este concepto expresamente o realicen sus objetivos. En realidad, la transparencia, como la persona jurídica, no implica la búsqueda de una esencia sino que es otra noción de contenido variable, por lo que, como sucede nuevamente con la persona jurídica, *más que una «cualidad» o atributo del sujeto jurídico colectivo, que vendría a oponerse o contrarrestar la tradicional «opacidad» o aislamiento —hermetismo— de las personas jurídicas, viene a designar un régimen jurídico vinculado a una determinada actividad, con objeto de servir a unos determinados objetivos de política económica y social* (147).

(144) *Cfrs.* para un amplio estudio de esta cuestión, aunque en sentido crítico, R. FALCÓN Y TELLA, *Análisis de la transparencia tributaria*, 1984, partic. pp. 105 y ss. Más recientemente sobre el control de la introducción de un régimen de fiscalidad internacional por la Ley 42/1994, de 30-12, *vid.* E. RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, «Transparencia fiscal internacional». *Impuestos*, núms. 15-16-1995, pp. 7 y ss., donde se repasan tanto los diferentes modelos teóricos considerados por la OCDE para realizar el objetivo de la transparencia, entre los que se sitúa tanto evitar el fraude y evasión fiscal como el garantizar la efectividad de las normas tributarias nacionales, defendiendo la efectividad del principio de capacidad contributiva, *vid.* p. 10.

(145) *Vid.* H. SALVADOR BULLÓN, *La transparencia de sociedades. Estudio jurídico y fiscal*. Ed. Cirde. Madrid. 1981. pp. 27-28.

(146) *Cfrs.* FRITZ NEUMARK, «Principios de Imposición». I.E.F. Madrid, 1974, pp. 406 y ss. *Vid.* las reflexiones aunque críticas de R. FALCÓN, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

(147) Para esta concepción esencialista de la transparencia, como atributo de la personalidad jurídica, en el Derecho tributario *vid.* R. ILLESCAS, «Consideraciones privatistas sobre el régimen de imputación fiscal». *Civitas*. R.E.D.F. núm. 21, p. 39. Precisamente, esta variedad de contenidos permite comprender la utilidad de un concepto para afrontar el problema del control de los grupos cuando, según la doctrina especializada, en un sentido estricto, el régimen de tributación consolidada del concepto, hasta

De ahí que, un coherente desarrollo de este principio en los diversos componentes sistemáticos de la empresa, conduce a una confirmación de las ideas expuestas en el primer apartado de esta investigación. El principio significa, en definitiva, primar el contexto normativo específico en el que el poder de gestión unitaria del empresario se desenvuelve, emergiendo al primer nivel de la operación hermenéutica los diversos conflictos de intereses regulados y la pluralidad de estatutos normativos de los sujetos que entran en relación con la lógica del sistema de empresa. Pero esta afirmación lleva aparejada necesariamente una verdadera inversión metodológica.

4. LA INSUFICIENCIA A PESAR DE TODO DEL «LIFTING» COMO CLAVE DE LECTURA DE LA ACTUAL COMPLEJIDAD SOCIAL Y NORMATIVA DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPRESA: MÁS ALLÁ DE LA PERSONA JURÍDICA.

En efecto, una óptima clave de lectura de las estrategias organizativas de la empresa moderna, capaz de proporcionar un idóneo fundamento conceptual y normativo para un tratamiento sistemático de las relaciones jurídicas entabladas en el ámbito de los grupos, y en particular de las relaciones de trabajo, no puede emerger si no de una *perspectiva que atienda a los modelos de evolucionismo organizativo* que se realizan con el paso de la empresa simple a la empresa social, y de ésta —y precisamente utilizando la sociedad como estrategia jurídica y principio de organización— a la empresa colectiva con estructura de grupo (148). Sólo desde esta óptica reconstructiva, será posible individualizar un *principio de solución jurídica* para las múltiples y complejas cuestiones suscitadas, no sólo por las situaciones en las cuales la estructura de grupo determina la existencia de una tipología propia del «abuso de la persona jurídica» o de los mecanismos interpositivos, sino también por aquellas otras situaciones en las cuales la complejidad subjetiva y el interés organizativo y de gestión unitario de las distintas sociedades integrantes de un mismo grupo, aparecen como «datos» efectivos y reales.

En esta línea, la propia experiencia práctica y la realidad normativa —cuya imagen plural y sectorial no excluye un significativo valor sistemático— deja hoy al descubierto que la comprensión del grupo

adquirir la dimensión de principio general del Derecho que le atribuimos —aunque bien considerado encuentra su fundamento jurídico efectivo, como el levantamiento del velo, en el más clásico principio de la buena fe—, da plena idea su frecuente recurso en prácticamente todas las reformas recientemente acometidas en el marco del Derecho societario contemporáneo y en nuevos sectores como el Derecho del Mercado Financiero, entendido en sentido amplio. Como simple muestra vid. la E.M. del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, que pretende adaptarse al Derecho comunitario en este sector, especialmente a la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10.3, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

(148) Para la crítica de una visión externa de ese evolucionismo vid. G. VARDARO, quien, continuando la línea de fijación de los múltiples *topoi* o lugares comunes que vienen caracterizando los estudios jurídicos clásicos sobre los grupos de empresas, ha resaltado cómo la «común representación de la empresa de grupo como una forma de evolución de los modelos organizativos de las empresas tiende a aparecer un mero lugar común», *ob. cit.* p. 233.

constituye un problema jurídico nuevo y diverso, más complejo, vinculado a un fenómeno organizativo distinto, que *no requiere mirar «detrás» o debajo de la persona jurídica para «desvelar» lo que esconde, sino que impone más bien proyectarse más allá de este concepto, so pena de una simplificación conceptual, sistemática y problemática, y una nueva deformación o mixtificación jurídica, hoy ya insostenibles*. De ahí que, a tales efectos, las diversas perspectivas del «levantamiento del velo» —aún con el proceso de enriquecimiento conceptual señala, y sin perder de vista las importantes indicaciones metodológicas que de este problema jurídico es dado extraer en orden a la crítica de los cánones interpretativos propios del formalismo jurídico y del positivismo normativista— no constituye una metodología adecuada, y menos aún en el ámbito de las relaciones laborales, en el cual la persona jurídica no constituye su razón de ser. De modo que, también la «teoría del levantamiento del velo», termina reproponiendo un nuevo falso problema en relación al debate de la comprensión jurídicamente significativa de la empresa de grupo.

Seguir intentado la reconstrucción del problema de las relaciones de trabajo en la empresa colectiva de grupo en base a la dicotomía o a la contraposición «grupo/persona jurídica autónoma», consiente una fuerte limitación para la actividad de disciplina y control de este fenómeno por parte del Derecho del Trabajo en especial y por parte del derecho en general. Limitaciones que en absoluto se justifican en base a principios o líneas normativas propios y ya existentes en el interior de los diferentes sectores normativos en los que se articula el sistema global de la empresa de este subsistema jurídico. Al contrario, se presenta como el claro resultado de una arbitraria referencia a un «paradigma» o «metodología», la persona jurídica, fijado por el Derecho de Sociedades en base a sus propias valoraciones y regulación normativa de intereses, extraños al Derecho del Trabajo (149), y también extrañas a los referentes interpretativos de otras ramas fuertemente afectadas por el mismo modelo de organización jurídica de la empresa: Derecho de la competencia, Derecho tributario, etc.

Seguir centrando el análisis jurídico laboral en la disciplina y conceptualización de la persona jurídica, significa condicionar la regulación de trabajo por una reglamentación normativa de intereses que reenvía y asegura el primado de la sociedad, cuando el objeto de disciplina y tutela por parte del Derecho del Trabajo está constituido por un estatuto normativo tutelar de valores, principios e intereses conflictivos que toman como referente inmediato algo bien distinto, la *empresa*. En el bien entendido de que no se trata de reproponer un «uso»

(149) *Cfrs.* G. VARDARO, sobre la dimensión reductiva y deformante de los planteamientos tradicionales. En el derecho mercantil también se ha procedido recientemente a confirmar esta idea SCHIANO DI PEPE, para el cual, en buena medida influenciado por la observancia de las orientaciones jurisprudenciales en el Derecho del Trabajo, y por los métodos del Derecho de la Competencia, y pese a desconocer la ambivalencia de las técnicas —reducidas sólo a las formas tradicionales de imputación de responsabilidad a otro sujeto—, entiende que el problema no es de la «superación de la personalidad jurídica que bajo muchos perfiles puede en realidad considerarse un pseudoproblema en cuanto en la situaciones cruciales o la ley misma o la investigación doctrinal y jurisprudencial han conseguido la puesta a punto de instrumentos y técnicas idóneas para su racional planteamiento», *ob. cit.* p. 47.

ontológico de este concepto, que identifica la empresa con una realidad socio-económica objetiva y reconocible de modo inmediato en el mundo físico, sino en el mutado paradigma de la empresa —similar a la mutación de paradigma experimentada por la persona jurídica— que la presenta como una metodología «funcional», y que obliga a su reconstrucción teleológica (150).

Y es justo aquí donde aparecen los límites de fondo del tradicional planteamiento de los Tribunales, de tal manera que los puntos, tradicionalmente autoconsiderados firmes, son menos seguros y estables de cuanto nos pretende hacer creer. La falta de claridad o de uniformidad obedece no tanto a la pluralidad y extrema diversidad de casos enjuiciados como más bien a una persistente *oscuridad de método hermenéutico*, centrado en una extremado pragmatismo y casuismo que *renuncia a la formulación de una propia teoría o metodología jurídica de los grupos de empresas*. De ahí que, en el fondo, el tratamiento jurisprudencial de los grupos, particularmente a efectos laborales, que es el más extenso y desarrollado judicialmente, al menos en nuestro país, hubiera podido prescindir perfectamente de la referencia a esta «doctrina de los grupos de empresas», en cuanto ha obedecido a una readaptación de técnicas, principios y figuras ya conocidos. Exigencias de firmeza en la fundamentación dogmática y necesidades prácticas o de ámbito operativo exigen una reconceptualización o una redefinición del problema —ciertamente sobre datos ya existentes que permiten desplegar más amplias posibilidades sistemáticas—. Para eso se requiere, sí, proceder a un método empírico pero capaz de suministrar elementos decisivos para proceder a reflexiones de tipo general: en definitiva se trata de complementar el método problemático con el pensamiento sistemático, y el normativismo jurídico con el realismo. Perspectivas todas ellas que lejos de excluirse se presuponen y se condicionan mutuamente. Lo que no significa que, y esto debe subrayarse para no incurrir en un excesivo relativismo y un extremo oportunismo metodológico, el reseñado particularismo de las definiciones legislativas impida toda aproximación sistemática a los conceptos, con un valor que se proyecta en un radio de acción jurídica mucho más amplio, para afectar a las propias relaciones entre las diversas ramas jurídicas, particularmente el Derecho del Trabajo y el Derecho mercantil, tal y como acreditada una tendencia reciente del legislador nacional y comunitario en materia laboral (151).

(150) Cfrs. A. SUPLOT, «*Groupes de sociétés et paradigme...*» *op. cit.* p. 621, partic. p. 628, también J. SAVATIER, «*Le groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*». Etudes A. BRUN. París, 1974, p. 529.

(151) Nos referimos a la Disposic. adic. cuarta de la Ley 22/1992, sobre medidas urgentes para el fomento del empleo, que recurre a las situaciones de control del art. 42 del Código de Comercio para definir la existencia de una unidad de decisión y comportamiento económicos entre diversas empresas, a efectos de subvenciones estatales para la creación de empleos fijos; y también a la actual propuesta de Directiva sobre Comités Europeos de Empresa o de grupos de empresas de dimensión comunitaria, de 25-12-1991, que define las situaciones de control en términos similares a la Séptima Directiva sobre cuentas consolidadas. Lo que ha merecido la crítica de la

Para llevar a cabo este intento de reconducción a bases conceptuales, es decir, dogmáticas, y normativas más firmes esta operación, no es posible ni tampoco es conveniente o preferible recurrir necesariamente a la reconstrucción de una nueva forma subjetiva de empresa (152).

En efecto, puesto que el *novum* de la empresa colectiva articulada (o empresa con estructura de grupo), desde el punto de vista aquí sostenido, y pese a un difundido convencimiento doctrinal y jurisprudencial en contrario, no reside tanto en la formación de un centro de beneficio económico unitario —y por tanto de un sujeto socio-económico único—, sino más bien la preconstitución de las condiciones para una máxima capacidad de reacción del complejo económico respecto del «ambiente» social o contexto relacional interno y externo, a través de la diversificación de las formas jurídicas —societarias y contractuales— adoptadas por la organización para ejercer la actividad económica, el esfuerzo de tal movimiento dogmático no deberá orientarse hacia la reconstrucción en términos jurídicos de una nueva forma subjetiva de empresa. Al contrario, se trata más bien de individualizar una serie de momentos de disciplina, tanto de tipo represivo o sancionador como de tipo preventivo, sea de tipo tutelar o de tipo organizativo, plenamente coherentes con la especificidad del tipo de problema normativo y con la singular naturaleza de los sectores de intereses diversamente afectados en cada caso por los nuevos procesos de transformación económica, dejando aflorar, como acredita ahora ya inequívocamente el sentido evolutivo del problema interpretativo de la persona jurídica como problema histórico, una pluralidad de normativas orientadas a realizar una diversa gama de equilibrios entre diferentes exigencias y necesidades de tutela —intereses de los consumidores, de los trabajadores, del medio ambiente, de los poderes públicos, exigencias organizativas de las empresas, imperativos de la competitividad y progreso económico, etc.—.

En consecuencia, y desde nuestra perspectiva metodológica, inspirada en una teoría jurídica de la efectividad del ordenamiento jurídico y un principio jurídico general de transparencia de las formas jurídicas,

doctrina que, asentados en un excesivo provincialismo jurídico, consideran que el único camino es el reconstruir nociones apropiadas exclusivamente para cada ámbito jurídico. Pero olvidan que si es verdad que es necesario atender en cada área normativa a los parámetros interpretativos propios —tal y como proponemos en el texto—, no menos verdad es que esta opción no es incompatible con la idea de que el fenómeno de la empresa de grupo ofrece perfiles comunes a todo el Derecho, que obligan a coger la unidad del problema. Y para ello la opción no puede ser más que el diálogo y la interdisciplinariedad crítica y no meramente técnica.

(152) Es decir, si hay que evitar o no el «ricadere nelle secche discusse e discutibili dell'attribuzione della soggettività unitaria al gruppo». *Cfrs.* para este juicio negativo O. MAZZOTTA, «*Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*». Lavoro e Diritto, 1988, p. 368, para esta misma crítica *vid.* G. DE SIMONE, «*Decentramento...*» *ob. cit.* p. 546, que entiende que es «posible —y preferible— utilizar las usuales técnicas civilistas y laboristas».

el problema de la disciplina de los grupos no se centra tanto en la reducción de la complejidad subjetiva de la empresa de grupo, que, en realidad, constituye una falsa explicación sustancialista, muy propia de los partidarios de los sugerentes pero inefectivos métodos basados en la primacía y exclusividad del realismo jurídico, y, por tanto, un falso punto de partida. Al contrario, el eje argumental debe hacerse girar en torno a una redefinición del concepto de responsabilidad (*accountability*) clásico, asentado en los principios individualistas y categorías lógico-abstractas propios del orden liberal —principio de soberanía individual de los derechos—, que permita el tránsito hacia un nuevo concepto que sea capaz de expresar un adecuado sistema de límites y limitaciones al que queda sujeto el reconocimiento jurídico, ya presente en los diferentes sistemas de Derecho positivo en los que los grupos siguen constituyendo, como en el caso español, una realidad informal, del poder de dirección unitaria de grupo, en contemplación ponderada de una diversificada y creciente gama de intereses pertenecientes a los sujetos en diferente modo y grado implicados en las nuevas articulaciones de la empresa, según el criterio general de relatividad de los derechos, facultades y poderes evidenciado por el contemporáneo orden social —principio de gobernabilidad socio-económica de los derechos—.

Así, sea conceptual sea normativa sea sistemáticamente, el problema de la disciplina de la empresa colectiva articulada (o de grupo) —y no sólo en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino en todas y cada una de las ramas jurídicas que tienen su referente principal en la empresa, que hoy aparece como la auténtica clave de arco para reconstruir el entero edificio del Derecho privado— reenvía a un problema autónomo de la conceptualización de la persona jurídica, consistente en la introducción de un juicio de valoración de una determinada realidad empresarial única y plúrima al mismo tiempo, que aparece como una práctica o como un comportamiento jurídico en cuanto expresión de preceptos de autonomía privada —en su dimensión de libertad de empresa—, a la luz de las *normas materialmente aplicables* a tal comportamiento en base al específico tipo normativo de problema implicado y al singular conflicto de intereses en juego. A este respecto, la empresa de grupo, como fenómeno genuinamente jurídico, no se resuelve en un puro y simple conflicto de normas jurídicas —regla de la autonomía jurídica, interés vinculado a la unidad económica del grupo—, como concluye la orientación estrictamente normativista, ni tampoco exige debatirse en la diatriba «sujeto real»/«sujeto formal», para terminar personificando o subjetivando de una u otra manera el grupo, según propone la orientación centrada en un puro realismo, puesto que si el juez puede prescindir libremente de la forma entonces el problema carece —o mejor muta radicalmente— su sentido, constituyendo una solución demasiado simple y directa que, prescindiendo de su especificidad como nuevo modelo de empresa y de las funciones empresariales de la diversidad jurídica, suprime tanto la patología como la fisiología.

En definitiva, pues, y en conclusión, parece que sólo una opción metodológica que complemente adecuadamente una observación normativista con otra realista del universo jurídico, es posible encontrar un punto de clarificación y un principio de solución o de coherencia para recomponer el Derecho fragmentario y disperso de los grupos, permitiendo su desarrollo sistemático por los actuales agentes protagonistas de la creación del Derecho —legislador especial, jurisprudencia, práctica convencional de los sujetos interesados o nueva «jurisprudencia cautelar»—. Y si se ha señalado ya que, a estos efectos, no es ya sostenible que con la única conceptualización de la persona jurídica sea posible resolver problemas tan heterogéneos y complejos, no puede sino concluirse que el auténtico y genuino punto de clarificación se encuentra, según una ya lejana pero feliz intuición de una autorizada doctrina iusmercantilista, nacional y extranjera, en la elaboración de una noción de empresa coherente con las valoraciones normativas propias de los diversos sectores en los que su uso viene crecientemente reclamado. De este modo, se verifica la utilidad de una definición funcional de la empresa, que la presenta como una metodología o como un paradigma, que permite comprender en términos jurídicamente significativos el problema de los grupos como problema de articulación y reestructuración de estos diversos ordenamientos normativos que concluyen en el sistema de acción global de la empresa, según una orientación que tan positivas implicaciones reconstructivas y operativas ha evidenciado, como es el caso del Derecho de la Competencia comunitario, o el propio Derecho industrial italiano, o el mismo Derecho del Trabajo francés —cuyos pasos hoy sigue muy de cerca e incluso profundizan nuestros Tribunales laborales— (153). No otra cosa significa, en última instancia, como hemos visto, resolver el problema de la persona jurídica en un problema histórico.

Ahora bien, como ya hemos advertido en otro momento, desde esta perspectiva, que el poder de dirección unitaria de grupo adquiera un valor funcional e instrumental, no significa nominalizar el concepto de empresa ni vanificar su «substrato real» como organización, sino emancipar el análisis de criterios reconstructivos extremadamente conceptualistas y extraños o ajenos al efectivo contenido normativo de las múltiples situaciones normativas reguladas. En consecuencia, la reconstrucción de los problemas de las diferentes relaciones jurídicas en el ámbito de la empresa de grupo, se conduce a través de un doble control: el primero interno al evolucionismo organizativo que marca la transición hacia la empresa colectiva articulada, reconociendo la autonomía conceptual de los actuales procesos de transformación económica —y jurídica— de los conceptos de empresa y empresario, el

(153) A tal respecto *vid.* F. DENOZZA, *La discipline... op. cit. passim.*; A. SU PIOT, *Groupes des sociétés et paradigme de l'entreprise.* Rev. Trim. Dr. Comm 1985.

segundo extraído de la interacción de esta nueva forma de empresa con los tipos normativos de problemas propios de cada subsistema jurídico —el concepto de subordinación para el Derecho del Trabajo, el concepto de competencia para este sector del ordenamiento, el concepto de capacidad contributiva para el Derecho del Trabajo, el concepto de conflicto de intereses para el Derecho de sociedades, el concepto de responsabilidad etc...—. Por tanto, en este contexto, se confirma que el fenómeno de la empresa de grupo es único y no divisible o fraccionable en el Derecho mercantil y en el Derecho del Trabajo, puesto que en ambos nos encontramos ante un nuevo modelo de organización jurídica y una nueva técnica de ejercicio colectivo de la actividad de empresa, así como una nueva metodología orgánica de gestión indirecta de recursos económicos y productivos. Lo que cambia en cada subsector, en cambio, son los referentes interpretativos —los tipos normativos de problema y la naturaleza del conflicto de intereses en juego— a través de los cuales determinar la relevancia de esta nueva forma de empresa respecto de los conceptos tradicionales de empresa y empresario, o reconocer relevancia jurídica al contexto organizativo en que se desenvuelven las diferentes relaciones obligatorias, o determinar los límites y limitaciones al poder de flexibilización de las diferentes prestaciones implícito en el poder de dirección unitaria de grupo.

Por lo que, en última instancia, se confirma que tanto el Derecho mercantil, y el Derecho privado en general, como el Derecho del Trabajo, transitan juntos desde la «era del átomo» a aquél de la «molécula», o, en términos jurídicos, de los principios del orden liberal —asentado en la idea de la soberanía individual— a aquéllos propios del orden social —edificado en torno al principio de gobernabilidad de una gama creciente de intereses y categorías económicas y sociales—, que coloca en el equilibrio transaccional entre «la defensa de la libertad» (negativa y positiva, civil y social, política y económica) y en la «lucha por el mercado», la «dignidad de la persona» (154). Pero esto es ya, ciertamente, otra historia que requiere, sin duda, un nuevo esfuerzo de explicitación y fundamentación conceptual y normativa.

(154) *Cfrs.* la idea de un iusprivatista poco sospechoso de ideas socializadoras, al menos en el sentido tradicional, pero plenamente consciente de la necesidad de evolución jurídica del ordenamiento sobre la firmeza de presupuestos tradicionales. N. IRTI, «Persona e mercato», *op. cit.* p. 298.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AA.VV.: «Estudios *in memoriam* del Prof. Manuel Iglesias Cubría», Tomos I y II con un total de 784 pp., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1994.

Los Libros de Homenaje constituyen un género literario que, con variedad de motivaciones (por ej., alcanzar la edad de jubilación, celebrar las bodas de plata en la cátedra u otro acontecimiento personal relevante) y denominaciones, van prodigándose y puede decirse que se han consolidado ya, en los ambientes jurídicos, dentro, y fuera de nuestras fronteras. Este tipo de publicaciones creo que cumplen una meritoria función: dar cumplida satisfacción al homenajeado —si llega a tiempo lo que no siempre ocurre—; centrar la atención de los científicos en una personalidad determinada; recoger su trayectoria intelectual y hacer un balance de sus aportaciones; dar oportunidad a discípulos y colegas, para contribuir con sus aportaciones a la publicación de un volumen que habitualmente posee calidad. No ha sido infrecuente, sobre todo en pasadas épocas, que las huellas de una figura científica, importante por sí misma, al confluír un conjunto de desgraciadas circunstancias, se ha ido borrando insensiblemente, hasta desaparecer en pocos años.

En el Profesor Don Manuel Iglesias Cubría concurre la circunstancia de haber desempeñado una doble docencia, con importantes aportaciones en ambas. El fenómeno inusual entre nosotros, es relativamente frecuente en otros países, que no son los menos importantes en la Ciencia del Derecho; en Alemania hay ilustres civilistas que han brillado en el Derecho Laboral, en el Procesal o en la Filosofía del Derecho, y algo similar sucede en Italia; acaso deba hacernos reflexionar a todas las disciplinas jurídicas para acometer la reforma de una legislación que no favorece precisamente la interdisciplinariedad.

El Prof. Iglesias Cubría se formó en la Escuela de un gran romanista, el Prof. Ursicino Alvarez Suárez obteniendo la cátedra de esta asignatura en La Laguna, pasando luego, al amparo del desaparecido régimen de permutas, a la cátedra de Derecho Civil de Oviedo en la que permaneció hasta su jubilación durante cerca de 40 años de docencia. Todo ello explica que principalmente hayan concurrido a este homenaje civilistas y romanistas, colegas y discipu-

los que han colaborado en los dos volúmenes muy dignamente editados por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Sin que parezca necesario reproducir aquí el índice de trabajos, baste decir que, entre los civilistas, se han hecho presentes los Profesores Albaladejo, Arce y Flórez-Valdés, Fernández Costales, Gitrama, De los Mozos, M.^a Cár-caba Fernández, Fonseca González, González Morán, Alicia de León Arce, Carmen Moreno-Luque y Ana M.^a Sanz Viola; entre los romanistas, los Profesores Daza, Fuenteseca, García Sánchez, Murga Gener, Rodríguez-Ennes y Varela Mateos; no faltando Profesores de otras disciplinas (Almansa Pastor, Alvarez Cortina, Aparicio Pérez, Martínez López Múniz, Martino Alvarez y A. Rojo).

El hecho de que la presentación corra a cargo del Decano de la Facultad, Prof. García Sánchez, prueba el carácter institucional que se ha dado a este Homenaje; el fallecimiento del Prof. Iglesias Cubría al poco de pronunciar su última lección, hace más emotivo el recuerdo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

BOTANA GARCIA, Gemma Alejandra: «Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores», Biblioteca de Derecho Privado, n.^o 56, J. M. Bosch, editor, S.A., Barcelona, 1994, págs. 324. Prólogo del Dr. D. Gabriel García Cantero.

Estamos ante la publicación de lo que en su día constituyó la tesis doctoral de la autora, defendida con la máxima calificación en la Universidad de Zaragoza, en junio de 1993, y dirigida por un autorizado estudioso del Derecho del consumo, el Dr. D. Gabriel García Cantero, cuyo *Prólogo* nos presenta, en acertada síntesis, los méritos de la autora y las características de la obra. La oportunidad del tema no podría ser mayor, ni tampoco la intuición del director, pues se trata de una materia que en su momento no era objeto más que de la Directiva del Consejo 577/1985, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y que después de seis años fue, al fin, convertida por nuestro legislador en Derecho de aplicación inmediata. Ciertamente, como señala el prologoista, el nuevo volumen viene a marcar un hito y a llenar una laguna en la producción científica sobre el Derecho del consumo, pues si bien existían algunos artículos de revista de carácter fragmentario, se echaba en falta un estudio monográfico sobre el tema, pausado y exhaustivo.

Este nuevo trabajo sobre la protección de los consumidores tiene como finalidad el estudio de un tipo específico de contratos, que son los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, entre un empresario o su representante y un consumidor. El marco jurídico positivo de esta relación se halla constituido por la Directiva comunitaria ya citada y la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercan-

tiles, que traspone aquella Directiva a nuestro Derecho interno. La autora parte de un esquema de trabajo bien organizado, en el que con minuciosidad se van abordando paulatinamente las diversas cuestiones que componen el entramado de este tipo de contratos. De lo general a lo concreto, el trabajo comienza con una introducción al tema, seguido del análisis de la Directiva comunitaria y la trasposición del régimen comunitario de esos contratos a otros países europeos. La parte sin duda alguna más cuidada es la última, donde la autora afronta con mayor detenimiento la configuración de este tipo de contratos en la Ley de 1991, con una referencia final al Derecho autonómico.

El trabajo es realmente completo, pero merecen ser destacadas algunas cuestiones que suscita precisamente la Ley de 1991, la cual presenta una acusada especialidad, no sólo respecto del régimen contractual codificado sino también con relación a la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Me refiero a la determinación del sujeto protegido por la Ley, la formalización del contrato celebrado entre empresario y consumidor, y, sobre todo, el denominado *derecho de revocación*, aspectos que la Dra. Botana García aborda con extremo rigor.

En primer lugar, la Ley de 1991 no coincide con la de 1984 en cuanto al sujeto protegido por ambas, ya que la de 1991 se remite al artículo 1, apartado 2, de la Ley de 1984, olvidando el apartado 3 del mismo. Sin embargo, la autora se inclina por excluir de la protección de la Ley al consumo empresarial, en razón de los conocimientos técnicos y la información de que dispone el empresario, y, a menudo, sus capacidades financieras (p. 181). En otro orden de consideraciones, la Dra. Botana García opina que la Ley protege al consumidor jurídico, no al consumidor material, ya que la finalidad de la Ley es la tutela de ciertos adquirentes o usuarios frente a un estilo concreto de contratación (p. 183).

En cuanto a la formalización del contrato, sostiene que la entrega del ejemplar del contrato y del impreso a través del cual se facilite el ejercicio del derecho de revocación ha de hacerse en el momento de la conclusión del contrato; en todo caso, el consumidor ha de tener en sus manos durante el periodo de reflexión esos dos documentos (p. 234). Considera formales los contratos celebrados fuera del establecimiento (p. 238), de modo que, en caso de inobservancia de la forma escrita establecida, la anulabilidad es una sanción adecuada para la protección de los consumidores, ya que éstos tienen la opción de instar la nulidad o seguir en el contrato (p. 239). Señala justamente que el plazo de ejercicio de la acción de nulidad, cuatro años, que concede a tal efecto el artículo 1301 C.c., es excesivo; debería haberse establecido un plazo más reducido (p. 241).

Pero el nudo gordiano de la Ley radica en el derecho de revocación, que es el elemento más relevante en que se manifiesta la doble especialidad, ya señalada, de la nueva norma, ya que afecta a la formación y fuerza obligatoria de los contratos.

La autora, después de ensayar una clasificación de las diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de este derecho, rechaza, entre otras, la del contrato en calidad de ensayo o prueba, tanto por la finalidad de ambos —éste y el celebrado fuera de establecimiento— como por la causa que justifica la resolución de cada uno de ellos (pp. 245-246); la del contrato con arras o señal, porque, entre otras cosas, en el celebrado fuera de establecimiento la revocación es gratuita para el consumidor (pp. 247-248); la de la perfección

diferida al día de finalización del plazo de revocación (pp. 248-249), la cual está justificada, por ejemplo, en la Ley francesa de 1972; la del contrato de opción (pp. 249-250); y la de la condición suspensiva (p. 250).

En su opinión, a la que básicamente me sumo (*R.D.P.*, diciembre 1994), el contrato es perfecto desde el intercambio de consentimientos, y para ello se apoya en la expresión *contratos celebrados* de los artículos 1.1, y 3.1 y 4; en el artículo 5.1, que autoriza al consumidor a revocar la *declaración de voluntad*, lo que implica que el contrato ya se ha perfeccionado; y el artículo 6.1, que se remite a los artículos 1303 y 1308 C.c. (p. 264). Concluye con la afirmación de que estamos ante una «nueva figura jurídica de reforzamiento del consentimiento del consumidor» (p. 265); más concretamente, creemos que se trata de un nuevo supuesto de renuncia unilateral —privilegiada, por ser gratuita— del contrato.

El plazo de siete días —naturales, comprende un fin de semana, durante el cual el consumidor y su familia podrán serenar su ánimo y calibrar con mayor ponderación la adquisición realizada— comienza con la recepción, según el artículo 5.1 de la Ley, el cual no precisa si el *dies a quo* del plazo es la recepción de la documentación del contrato, que es el criterio de la Directiva, o la de la cosa objeto del mismo, a lo que se inclina la generalidad de la doctrina, incluida la autora y quien esto escribe. El derecho del consumidor a madurar el consentimiento ya expresado está garantizado, ya que a los siete días de plazo de revocación se añade el tiempo que, de hecho, tarde el empresario en cumplir su prestación desde la celebración del contrato, pues es raro que el empresario o su representante lleven consigo lo que quieren vender (pp. 252-253).

Tras apuntar que el artículo 7 deroga las normas generales sobre riesgo del contrato (p. 259), somete a fuerte crítica la exigencia de la *diligencia que le es exigible en los asuntos propios* al consumidor, a la que se remite el artículo 7.2 de la Ley para fijar la *diligencia del consumidor en la conservación de la cosa recibida*. Tras mostrar su preferencia por la *diligencia exigible al buen padre de familia*, señala que el contenido de la *diligencia quam suis* será configurado, en última instancia, por los tribunales, atendiendo a las circunstancias del consumidor y el empresario, así como de tiempo y lugar (p. 263).

Termina la Dra. Botana García tratando un tema obligado en nuestro Derecho privado desde la Constitución de 1978 y la implantación del Estado de las Autonomías, que es el del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y se inclina por la tesis de que es el Estado quien ostenta la competencia para regular la materia, por tratarse de una Ley que afecta al consentimiento, que es una de las bases de las obligaciones contractuales (pp. 293-295), todo ello después de la cita y crítica de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas hasta el presente sobre la materia.

En definitiva, con este documentado trabajo, la Dra. Botana García se inscribe con autoridad merecida en el elenco de especialistas del Derecho del consumo, más concretamente, en la línea de investigación que aborda la protección de los consumidores desde el ámbito que mejor permite organizar la misma, el Derecho privado.

ESPIN ALBA, Isabel: «Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)», Comares, Granada, 1994, págs. 425.

La necesidad de modernizar el Derecho de propiedad intelectual español se plasmó en la promulgación de la Ley de 11 de noviembre de 1987 que, en su Exposición de Motivos, alude a «las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, a las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión» como causas explicativas de la intervención del legislador. Si bien es verdad que la venerable Ley de 1879 había quedado obsoleta ante el desarrollo económico y tecnológico de que es testigo nuestro siglo, la ley española no está aislada en el campo de la protección jurídica de la propiedad intelectual, sino que se encuentra incardinada en una corriente general manifestada en otros países y, lo que es más importante, en la política comunitaria de armonización legislativa destinada a establecer progresivamente el mercado único a que alude el art. 8 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tras su introducción por el Acta Única. Así, pueden citarse como exponentes de la intervención comunitaria, entre otras, la Directiva de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador y la de 29 de octubre de 1993 relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Pero no sólo la realización del mercado único ha sido el motor de esa actividad legislativa, sino también una mayor sensibilidad social que se ha venido manifestando en el campo de la propiedad intelectual en general.

El libro objeto de nuestro comentario realiza un estudio detenido del derecho de autor desde un punto de vista general antes de centrarse en el contrato de edición literaria, como indica la rúbrica del título. Los dos primeros capítulos introducen al lector en el conocimiento de aspectos genéricos de la evolución conceptual de dicho derecho, partiendo de la interpretación del art. 20.1.b C.E. que reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y que ha suscitado amplias discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia españolas. En este sentido no podría faltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 que entiende que el art. 20 consagra un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas ni tampoco la posterior de 3 de junio de 1991 que relaciona el art. 20 con el 18.1, que alude al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Isabel Espin considera que el derecho de autor es único pero de naturaleza mixta, porque en él se conjugan aspectos de carácter individual con otros como su importancia económica e incluso su relevancia para la sociedad en el marco de la protección de la cultura. Dentro también del capítulo primero, destaca la construcción teórica de los principios rectores del derecho de autor tal como aparecen plasmados en la Ley de 1987: el autor como persona física y sus excepciones, la creación original como objeto del derecho, la exclusión de la protección legal de las ideas, la compatibilidad de la protección del derecho de autor con los derechos de la propiedad industrial, la limitación temporal de la protección y la gestión colectiva de los derechos.

El tránsito de la presentación del derecho de autor a la elaboración del tema contractual se hace por medio del capítulo segundo, dedicado a la naturaleza de la transmisión de derechos en el contrato de edición literaria. Te-

niendo en cuenta la tradición jurídica española, asumida por nuestros legisladores con el empleo de la terminología «propiedad intelectual» y expuesta también por los Tribunales al equiparar a los autores a propietarios, cobra sentido una clara delimitación del alcance de la cesión *intervivos* de los derechos de explotación del autor frente al concepto de compraventa. La titularidad del autor no desaparece, sino que tiene que convivir con el ejercicio por el editor de las facultades cedidas por lo que el comentario del art.57 de la Ley de Propiedad Intelectual ocupa la parte final del capítulo.

Mediante el uso de categorías dogmáticas propias de la teoría general del contrato, la autora hace en el capítulo tercero de la obra un análisis de las cuestiones relativas al consentimiento, objeto, causa y forma del contrato de edición literaria; aunque, tanto por la dimensión dada al tema como por la profundidad en su tratamiento, es la forma el punto más destacable de tal estudio. Tras referirse al pensamiento jurídico individualista y a la crisis de la autonomía privada, se vierten interesantes reflexiones sobre conceptos jurídicos de interés general para el moderno Derecho patrimonial. Sirvan de ejemplo la noción de «orden público de protección», que es la limitación más clara que ha sufrido el principio de la autonomía de la voluntad, y la función de la forma como instrumento de tutela de la parte contractualmente más débil. Se trata de la consolidación de un nuevo formalismo que adquiere una dimensión de publicidad y seguridad dentro del principio de defensa del orden público y que se manifiesta en campos muy diversos de las legislaciones modernas. En el ámbito que nos ocupa, el legislador ha optado por establecer un contenido mínimo para el contrato de edición, acompañado de un sistema gradual de nulidades como sanción por la ausencia de las mismas en los arts. 60 y 61 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Después de esta incursión en el seno de la estructura básica del contrato de edición literaria, Isabel Espín centra con gran originalidad su monografía en la faceta de los derechos y obligaciones del autor, como corresponde a quien es su principal protagonista. Se aleja así de concepciones clásicas del Derecho privado para pasar a utilizar otras categorías, propias del Derecho de autor como requiere la progresiva especialización de nuestro Ordenamiento jurídico. Parece existir, por otra parte, una clara preocupación en señalar en cada momento la influencia de las facultades del derecho moral de autor en el ejercicio de los derechos de explotación derivados de la autoría de una obra literaria, artística o científica; de lo que se deduce que el componente económico de la creación intelectual es, por supuesto, un elemento importante, pero al mismo tiempo no exclusivo. No se puede dejar de destacar el estudio particular del tema del plagio de obras literarias y la consiguiente responsabilidad de aquél que la lleve a cabo, ya que muchos litigios en esta materia se plantearán precisamente acerca de la cuestión de la paternidad intelectual de una determinada obra. La falta de un criterio unificado entre las regulaciones penal y civil sobre la materia no ayuda, precisamente, a aclarar el tema, como tampoco la penuria jurisprudencial que caracteriza todavía el panorama jurídico español del Derecho de autor.

Por último, sólo cabe felicitarse por la oportuna aparición de esta obra, que llena un hueco evidente en el Derecho privado español y utiliza un enfoque muy adecuado para abordar la regulación contractual del Derecho de autor.

GARCIA RUBIO, M.^a Paz: «Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho», Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 240.

No son frecuentes en la literatura jurídica española monografías como la que es objeto de esta recensión. En ella se aunan la presentación rigurosa de los problemas, el tratamiento exhaustivo de las soluciones aportadas por la legislación y la doctrina, tanto de nuestro país como de nuestro entorno jurídico (incluso, a veces muy alejado en el espacio), y el examen pormenorizado de la jurisprudencia. Sin duda el tema objeto de estudio, las prestaciones alimenticias existentes entre los cónyuges durante y después de la subsistencia del vínculo matrimonial y las, también posibles, pensiones entre convivientes *more uxorio*, a pesar de su dificultad, se prestaba para ello.

Se trata de un estudio que no pretende abordar en su integridad la obligación alimenticia regulada en los artículos 142 a 153 del Código civil, sino que se limita a buscar el engarce entre ésta y las más específicas y dispersas que bajo distintas denominaciones (*cargas del matrimonio, alimentos, pensión por desequilibrio, indemnización por nulidad, compensación a la extinción del régimen de separación*, etc.) recoge el Código civil. Precisamente este vario contenido y las limitaciones propias de toda reseña informativa impiden efectuar una enumeración de todas y cada una de las cuestiones planteadas por la profesora García Rubio, y justifica, por tanto, el que me cña a llamar la atención únicamente sobre aquellas que, a mi juicio, son más relevantes y de mayor actualidad.

Así, en la primera parte de la obra, dedicada a los alimentos entre cónyuges que se encuentran en situación de ordinaria convivencia matrimonial, destaca el análisis de la relevancia que pueda tener la autonomía de la voluntad de los esposos respecto del principio general de contribución conjunta a las cargas del matrimonio. Como puede observarse, la autora, acertadamente, se aparta de una interpretación más o menos literal del artículo 1.438 del C.c. y se pronuncia por la imperatividad de dicho principio, así como porque la vinculación de los cónyuges al sostenimiento de las cargas de la familia sea proporcional a los respectivos recursos económicos, único modo de respetar la igualdad de derechos y deberes que imperativamente rige entre el marido y la mujer; en cambio, reconoce y admite la actuación de la autonomía de la voluntad respecto a la forma concreta en que cada uno de los cónyuges deberá cumplir con su deber de contribución. A su vez, advierte sobre el posible conflicto y vacío normativo en el caso de que uno de los cónyuges estime haber contribuido en exceso, para cuya solución distingue según que el régimen económico-matrimonial sea el de gananciales o alguno de los regímenes no comunitarios.

En la parte destinada a los alimentos entre cónyuges separados de hecho, destaca la distinción que se hace entre los pactos alimenticios que se limitan a ser un negocio de fijación de la obligación legal previamente establecida, fundamentada en los presupuestos de necesidad y capacidad, y la existencia de acuerdos encaminados a que uno de los cónyuges sufrague al otro ciertas actividades que irían más allá de aquella obligación legal, y que configurarían unos alimentos estrictamente convencionales.

Especialmente interesante, por sugerente, es la alusión y el tratamiento de los límites temporales de la cosa juzgada, estudiado al hilo de las prestaciones alimenticias derivadas de una sentencia de separación. En esta sede, la autora

reconoce la existencia de una acción impugnatoria autónoma (la *Abänderungsklage* de la ZPO alemana), destinada a hacer posible la modificación de una prestación alimenticia entre cónyuges, expresamente reconocida en las sentencias que aluden a los efectos de las resoluciones judiciales de separación y divorcio: arts. 90.3 y 91 del C.c.

Pero, sin lugar a dudas, la parte central de la obra que se reseña, por su extensión y trascendencia, es la destinada al estudio de la pensión (*alimenticia, compensatoria, resarcitoria, etc.*) en los casos de divorcio. Con base en un completísimo estudio del Derecho comparado, la autora pone de manifiesto las incongruencias intrínsecas que encierra la pensión por desequilibrio económico prevista en el artículo 97 del C.c. y, por tanto, la necesidad de interpretar éste precepto de acuerdo con nuevos criterios que, en su día, deberían desembocar en una también nueva regulación jurídica de la pensión. La profesora García Rubio se muestra partidaria de una pensión genuinamente alimenticia, que —en su opinión— únicamente debe ser impuesta por el legislador en situaciones singulares, concretamente en aquellas en que el matrimonio sea la causa de la necesidad, y que se configuraría como esencialmente temporal; es decir, considera que en la generalidad de los casos se debe apostar por la autosuficiencia y autoresponsabilidad de los excónyuges, los cuales, una vez roto el vínculo matrimonial, nada se deberían entre sí. No ofrece duda de que se trata de una postura valiente, hecha por una mujer universitaria que cree en la libertad y plena igualdad del hombre y de la mujer, tanto fuera como dentro del matrimonio; pero quizá hoy excesivamente avanzada, pues como ella misma reconoce habría que excepcionar todos aquellos matrimonios, todavía numerosos, en los que es la mujer quien habitualmente y de forma total o prioritaria se ocupa del cuidado de la casa y de los hijos. Asimismo, la autora se manifiesta expresamente partidaria en éste, como en otros puntos de la regulación del matrimonio en todas sus fases, de reconocer un amplio margen de juego a la autonomía de la voluntad.

A mi juicio, es especialmente adecuada la relación que se pretende hacer entre la pensión por desequilibrio económico y la compensación a la extinción del régimen de separación de bienes. Es un tema en el que la autora muestra, una vez más, su valentía, acometiendo temas nuevos y difíciles.

También considero sugerentes las páginas que se dedican a la indemnización debida en caso de nulidad de matrimonio y a la demostración del carácter fraudulento que en ocasiones tienen las sentencias de nulidad, tomadas como un instrumento para eludir el pago de las pensiones por desequilibrio anteriormente decretadas en la previa sentencia de divorcio. Ahora bien, justo es reconocer que la solución que propugna la autora, de equiparar los efectos económicos de la nulidad matrimonial y del divorcio, es solamente una de las posibles, y que tal vez choque con planteamientos de Teoría General, pues estructuralmente no son iguales, ni siquiera similares, las situaciones de nulidad de un acto o negocio y las derivadas de su disolución, cualquiera que sea la causa de ésta.

En fin, la última parte del trabajo se dedica al estudio de las obligaciones alimenticias entre los miembros de las parejas no unidas por matrimonio. También aquí es digno de ponderación el aporte de información doctrinal y jurisprudencial, español y extranjero, del que hace gala la autora, prácticamente exhaustivo. Por supuesto, en esta materia abundan las propuestas y soluciones de *lege ferenda*, pero no por ello de menor interés. Una vez más, en coherencia con lo postulado anteriormente, la profesora García Rubio se pro-

nuncia a favor de la autonomía de la voluntad en la regulación de estas situaciones, así como por el carácter excepcional en la concesión de una pensión en caso de ruptura, que solamente deberá atribuirse cuando en la pareja como tal está la causa de necesidad. Especialmente oportunas me parecen las páginas dedicadas a la relación esporádica; concretamente, a los gastos de embarazo y parto previstos en el artículo 142.3 del C.c. español, norma traída de la tradición alemana por el legislador de 1981 y que no ha sido muy comentada en nuestra doctrina.

Para terminar, he de decir que el juicio general de la obra es o debe ser, en mi modesto entender, ecomiástico sin ningún tipo de paliativos. Sinceramente, creo que tanto el investigador como el profesional del Derecho encontrarán soluciones, propuestas y criterios a todos y cada uno de los aspectos más controvertidos del tema de alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho. Por ello, no me cabe más que felicitar a su autora, que ya tiene consolidado por derecho propio un puesto en la doctrina civilística.

JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO

Catedrático de Derecho Civil

GARCIA TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1994, págs. 173.

El silencio es una actitud de las personas por la que no se expresa nada. En el mundo del Derecho, también el que calla no dice nada, ahora bien, el que puede hablar y debe expresarse ante una situación concreta y no lo hace, se concluye que otorga, que está de acuerdo con ella. Ante una relación jurídica determinada la actitud de silencio de una de las partes puede suponer un hecho concluyente «*facta concludentia*», con el valor de una expresión de voluntad; tal es la postura que la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta para establecer la responsabilidad de aquella parte que no sólo por declaraciones expresas de su voluntad, sino por su actitud tácita o actividad concluyente asiente sobre la relación jurídica concreta que se juzga.

En el ámbito del Derecho público, el llamado silencio administrativo también resulta una expresión de este apotegma jurídico dentro de la interpretación casuística en los conflictos de intereses entre la Administración económica del Estado y los particulares.

La nueva «Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (Ley 30/1992) y su Decreto-Ley 14/1993 de 4 de agosto, que le da una nueva redacción a las Disposiciones adicionales tercera y transitoria segunda apartado 3, al ampliar el plazo de adecuación de seis meses a dieciocho meses, tratan el silencio administrativo introduciendo novedades que, como dice en este magnífico estudio monográfico el profesor Ernesto García-Trevijano Garnica, cuyo alcance quizá ni siquiera esperaba el legislador.

El silencio administrativo, positivo y negativo viene analizado en esta completa obra en seis capítulos, donde se ponen de relieve tanto los aspectos de su fundamentación jurídica como del mundo de la praxis.

En el primer capítulo aborda, con unas reflexiones previas de la denominada doctrina del silencio administrativo, la sentida preocupación del legislador por intentar poner fin a una práctica habitual de inactividad formal en el funcionamiento de las Administraciones públicas. Se pasa a estudiar el fundamento del silencio administrativo, que antes y después de la Ley de Administración Pública es similar, aunque de una manera consciente el legislador ha querido variar sustancialmente la configuración jurídica del silencio negativo, puesto que sus efectos dan lugar a un verdadero acto presunto, o sea, un acto previo para poder acceder a los Tribunales. En cambio, el silencio positivo evita los malos efectos que la desidia de la Administración puede tener sobre la operatividad de determinados sectores y evita que el administrado por el simple transcurso de un plazo quede legitimado. Nuestro ilustre autor se plantea la cuestión de si es aplicable la doctrina del «acto consentido» a los actos presuntos por silencio negativo, así como la necesidad de potenciación del silencio positivo y el despliegue de sus efectos «*contra legem*».

El capítulo segundo expone el deber de resolver, su alcance, las excepciones a este deber, el plazo para dictar resolución expresa, el cómputo del plazo para resolver y su ampliación o reducción, los efectos del incumplimiento del plazo previsto para tramitar y resolver el procedimiento, la admisibilidad de la «simple resolución tardía» la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas o su responsabilidad por demora, el límite temporal al deber de resolver de manera expresa y el instante en que surge el acto presunto, si caben las resoluciones expresas tardías en la nueva Ley, si existe una opción en favor del interesado para poder esperar a que se dicte una resolución expresa.

La certificación de los actos presuntos es materia del capítulo tercero, su «ratio», alcance y crítica, como requisito para hacer operativo el silencio administrativo, la similitud entre la certificación y la denuncia de mora, la inadmisibilidad de la expedición de oficio de la certificación, las certificaciones tardías, el contenido de la certificación, los efectos de su omisión y la previsible aplicación práctica.

Los recursos contra actos, presuntos denegatorios comprenden el capítulo cuarto, examinando la situación actual de los recursos, la vía de petición con el examen de los presupuestos de agotar la vía administrativa previa y el cómputo de los plazos para recurrir y para interponer los recursos, la vía de resolución de los recursos administrativos y la exigibilidad o no de su certificación, así como el silencio administrativo y el recurso extraordinario de revisión.

El capítulo quinto presenta los supuestos de aplicación del silencio administrativo en la nueva Ley, el silencio positivo, el silencio negativo, los procedimientos iniciados de oficio y la publicidad del silencio administrativo.

Con la incidencia de la nueva Ley en otros aspectos relacionados con el silencio administrativo se trata en este capítulo sexto de esta brillante obra del profesor Ernesto García-Trevijano. Con la teoría de la invalidez de los actos y el silencio administrativo, la revisión de oficio, la revocación de los actos presuntos, la suspensión y dicho silencio, la ejecución de los actos presuntos,

así como otros preceptos de la Ley de Administración Pública relacionados con el silencio administrativo, se concluye esta completísima obra con su riguroso análisis, la profundidad de su pensamiento crítico y la gran utilidad que reporta para la práctica jurídica con el gran bagaje doctrinal y jurisprudencial aportado.

JOSÉ BONET CORREA

GOMEZ CALERO, Juan: «Los derechos de los Consumidores y Usuarios», Dykinson, 1994, pp. 220.

1. Los apartados 1 y 2 del art. 51 CE dicen, «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos», y, «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca». Consecuencia de este mandato, y añádase el desgraciado suceso del síndrome de la colza, se promulgó en 1984 la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). El art. 2 LCU concreta y enumera los derechos básicos de consumidores y usuarios, constituyendo éstos el objeto de la obra de Gómez Calero (capítulos II a VII). También contiene un primer capítulo dedicado a «Nociones preliminares», y otro último, el VIII, que trata de las acciones de que disponen los consumidores y usuarios. Todo el análisis, nos aclara el autor, se ciñe exclusivamente al Derecho español, lo que incluye, sabido es, las oportunas Directivas comunitarias.

Visto el esquema de la obra, pasemos al análisis del contenido de cada uno de los capítulos, destacando algunas de las opiniones del autor.

2. El capítulo I describe cómo el ordenamiento español toma progresiva conciencia de la existencia jurídica del sujeto consumidor. Contiene un breve análisis histórico que se inicia con las normas anteriores a la vigente Constitución. Son analizados los Códigos de comercio y civil y leyes sectoriales anteriores a 1978. Ahora bien, cuando surge un texto legal, cuya innovación fundamental es dar relevancia jurídica a una realidad, que antes no la poseía en sí misma, al buscar sus antecedentes suele ser común identificar como tales normas que en su momento el legislador no pensó que tuvieran dicha justificación. Esto ocurre con el denominado Derecho de los consumidores y así lo resalta el autor, que señala que las normas anteriores a 1978 no reconocen la condición de consumidor y lo que sí hay son normas aisladas que protegen a adquirentes o usuarios de bienes.

El autor continúa exponiendo los distintos pasos que desde diferentes instancias y en este siglo provocan la aparición de las normas que protegen los intereses de los consumidores (mensaje del presidente Kennedy, en 1962;

Tratado de Roma de 1975; Programas de la CE de 1975 y 1981; etc.). Trasladándose a nuestro ordenamiento, alude, en un íter cronológico, al art. 51 CE que relaciona con el 38 CE, a la Ley del contrato de seguro de 1980 y a la LCU de 1984.

Hecha esta descripción, el autor ofrece una panorámica de la LCU, centrándose en el problema de la distribución de competencias que en este ámbito tienen las distintas Administraciones Públicas (para el Estado, el art. 39; para las CCAA, el 40, declarado nulo por inconstitucional; además, téngase presente que las CCAA asumieron distintos niveles competenciales en sus Estatutos; y para las Administraciones Locales, el 41 LCU). Alude también al art. 2 LCU, importante por esquematizar los derechos de los consumidores, objeto de desarrollo en la obra.

Acaba este capítulo I con el concepto de consumidor y usuario del art. 1.2 y 1.3 LCU, noción clave, pues los sujetos que encajan en la definición cuentan con la protección de la LCU. Asimismo, se califican de derechos subjetivos «sui generis» los derechos de los consumidores, y se destaca la nulidad de su renuncia previa (art. 2.3 LCU) y la validez de la renuncia posterior al momento de su adquisición.

3. El capítulo III trata del derecho a la salud y seguridad, regulado en los arts. 3 a 6 LCU. El autor se cuestiona, al igual que otros, si estos preceptos alcanzan, como sujeto protegido, al consumidor simple ciudadano. Téngase presente la especial naturaleza de estos derechos. En su opinión, debe distinguirse entre las obligaciones y deberes que los arts. 51.1 CE y 2.1.a) LCU imponen a los poderes públicos, y las medidas preventivas que los poderes públicos deben establecer en virtud del art. 43 (protección a la salud). La LCU se mueve en el marco del art. 51 CE y en consecuencia sólo protege a los «consumidores y usuarios» del art. 1 LCU, lo que incluye a los consumidores «efectivos» y a los «potenciales». Tras esto, Gómez Calero diferencia los conceptos de salud y seguridad y pasa al estudio pormenorizado de los distintos y abigarrados preceptos de la LCU. Finaliza con una referencia a los delitos contra la salud pública, deteniéndose en el del «alimentario nocivo».

4. El capítulo III trata del derecho a la protección de los intereses legítimos económicos y sociales de los consumidores (arts. 7 a 12 LCU). Desde el punto de vista sistemático, la doctrina destaca que los arts. 7 y 12 contienen normas generales, mientras que los demás artículos se fijan en las sucesivas etapas de la contratación: fase previa a la perfección, momento de la perfección, y fase posterior a la realización del contrato. Gómez Calero comparte esta postura, constituyendo el esquema de su exposición.

4.1. Comienza analizando los arts. 7 y 12 LCU.

El art. 7 indica la aplicación, además de la LCU, del CCO, del CC, de las normas que regulan el comercio interior y exterior, y también de las del régimen de autorización de cada producto o servicio. El problema interpretativo suscitado por este artículo es el orden de prelación a seguir en la aplicación de tales normas. Tras exponer distintas opiniones doctrinales, el autor entiende que la LCU impone su aplicación prioritaria, y en su defecto, la de las otras normas mencionadas en el art. 7 y en el orden en que se enumeran.

En cuanto al art. 12, que afirma que no puede hacerse obligatoria la comparecencia personal del consumidor para hacer cobros, pagos o trámites similares, el autor afirma, frente a otros autores, que su ámbito de aplicación abarca a los contratos y también a los posibles tratos preliminares.

4.2. En relación al art. 8 (integración del contrato por la oferta, promoción y publicidad) Gómez Calero recuerda que el TS lo había admitido en base a los arts. 1258 (buena fe objetiva) y 1283 CC y 57 CCO. Ya en la interpretación del art. 8, afirma, entre otras cosas, que éste no exige en el empresario anunciante un propósito de engañar, sino tan sólo que su actuación sea voluntaria. También alude a normas posteriores a la LCU que regulan el problema de la integración, dedicando especial atención a la Ley general de publicidad de 1988, concretamente al denominado «principio de veracidad».

Por lo que respecta al art. 9 (utilización de concursos, sorteos, regalos, etc.), resalta lo escaso de su contenido normativo, pues el mismo se remite a una futura regulación específica.

4.3. El extenso art. 10 LCU trata de las condiciones generales de la contratación. El autor comienza con su apartado segundo, cuyo primer inciso define las condiciones generales, y sigue con el segundo inciso, referente a la interpretación, el cual contiene la regla «contra stipulatorem» y la preferencia de la condición particular sobre la general, si la primera es más beneficiosa al consumidor. Continúa con los requisitos para que la condición general forme parte del contrato (art. 10.1), destacando la exigencia de respetar la buena fe y el justo equilibrio entre las prestaciones contractuales. Sigue con la amplia enumeración (doce) que a modo de ejemplo hace el art. 10.1.c), agrupando, como ya es normal en la doctrina, esos distintos números por algún elemento común. Tras aludir al supuesto de la situación de monopolio del predisponente (art. 10.3), trata el problema de la nulidad parcial o total del contrato en el que hay una condición general inválida (art. 10.4). Y acaba con una breve mención al apartado 5 del art. 10, el cual contiene ciertos mandatos para la Administración.

4.4. En cuanto al art. 11 LCU, destaca el análisis de sus apartados 2 y 3 que tratan de la garantía de los bienes de naturaleza duradera (especificados por RD 287/1991, de 8 de marzo, anexo II). El autor señala que la LCU no determina quién ha de ser el «garante», y en lo que respecta al contenido mínimo de la garantía hace diversas consideraciones, entre ellas, la de su conexión con los remedios del CC (v. gr. arts. 1124, 1486 CC). Acaba con los apartados 4 y 5 del art. 11, que tratan aspectos relativos al llamado servicio postventa (asistencia técnica, repuestos, etc.).

5. El capítulo IV versa sobre el derecho de reparación por los daños sufridos por el consumidor y analiza los arts. 25 a 28 y 30 LCU.

Tras unas notas generales sobre los requisitos y caracteres de la responsabilidad, el autor trata el problema de los sujetos. A propósito de los sujetos activos afirma que son quienes tienen la calificación legal de consumidor o usuario

(art. 1 LCU), y en relación a los sujetos pasivos, destaca que la regla general de la LCU es que responden fabricante, importador, vendedor o suministrador [arts. 26 y 27.1.a)], habiendo dos casos especiales que son los productos a granel y los productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro [art. 27.1.b) y c)]. Finalmente alude a la imposición legal del carácter solidario de la responsabilidad, si varias personas concurren en la realización del daño (art. 27.2).

El autor sigue planteándose el tipo de responsabilidad que regulan estos artículos y afirma, también lo entienden otros autores, que tratan la responsabilidad extracontractual y la contractual. En lo que respecta al criterio de imputación acogido, lo que dada la poca claridad de la LCU es objeto de distintas interpretaciones doctrinales, algunas de ellas recogidas por el autor, éste opina que el art. 26 regula una responsabilidad por culpa con inversión de su carga de la prueba; que el 27 no contiene criterio de imputación: se limita a señalar los sujetos responsables; y que los 25 y 28 señalan una responsabilidad objetiva.

A continuación trata el art. 30 LCU, que habla de un futuro seguro obligatorio y fondo de garantía. Sigue con el concreto supuesto de los daños causados en un servicio público. Y termina aludiendo a distintas normas y actuaciones de las Comunidades Europeas sobre la responsabilidad por productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE), y por daños sufridos en los servicios (Propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990).

6. El capítulo V analiza los derechos de información, y a la educación y formación de los consumidores.

En el derecho de información, Gómez Calero hace tres apartados. En el primero estudia el contenido sustantivo del derecho de información. Hace aquí referencia a la información que bienes o productos incorporan en etiquetas o similares (art. 13.1 y 2 inciso 1.^o); alude a la información, que no incorporada al producto, sin embargo éste permite (art. 13.1.d); y estudia la información que ha de darse al primer adquirente de una vivienda (art. 13.2 inciso 2.^o). En el segundo apartado trata de las oficinas y servicios de información al consumidor, que pueden ser de titularidad pública o privada y de carácter general o especializado (arts. 14 a 16). Y en el tercer apartado examina el art. 17 LCU, que entre otras cosas señala que los medios de comunicación social de titularidad pública dedicaran espacios y programas a la información y educación de los consumidores.

En el derecho a la educación y formación, son objeto de estudio los arts. 18 y 19 LCU, que marcan los objetivos a perseguir, así como los instrumentos que a ello puedan conducir.

7. El capítulo VI se dedica al derecho de representación, consulta y participación de los consumidores. Son analizadas las características, el proceso de constitución, la capacidad y los órganos de las asociaciones de consumidores (cooperativas también, art. 20.2 LCU) cuyo ámbito territorial exceda del de una CA. Entre otras normas, se mencionan la Ley de 24 de diciembre de 1964 sobre asociaciones y el RD 825/1990, de 22 de junio, dedicado a las asociaciones de consumidores. Se destaca la posibilidad de que las asociaciones de consumidores sean declaradas de utilidad pública; que representen a sus asociados, pudiendo ejercitar las oportunas acciones; y que en

ciertos casos disfrutan del beneficio de justicia gratuita (art. 20.1 LCU). Asimismo, se alude a la consulta que se hará a las asociaciones de consumidores en la elaboración de normas de carácter general que les afecten, en virtud del art. 22 LCU. Se termina con la alusión a otros entes relacionados con este derecho, como las asociaciones empresariales y el Consejo de consumidores y usuarios (art. 22).

8. El capítulo VII desarrolla el derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión de los consumidores (arts. 23 y 24 LCU). Gómez Calero resalta que se trata de un derecho genérico y abstracto. También, que las situaciones a que se aluden son excepcionales y muy graves en relación con la condición de contratante más débil del consumidor. Además, precisa que puede entenderse por situación de inferioridad, por situación de subordinación y por situación de indefensión. Continúa indicando las medidas, que para evitar tales situaciones permite la LCU. Y finaliza haciendo referencia a «los supuestos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinen una agresión indiscriminada a los consumidores o usuarios» (art. 24 LCU).

9. El capítulo VIII expone las acciones con que cuentan los consumidores cuando alguno de sus derechos es lesionado. Estas acciones pertenecen a distintas ramas del Derecho y Gómez Calero comienza con la administrativa. Primero alude a la denuncia de infracciones en materia de consumo, infracciones objeto de regulación en los arts. 33 a 38 LCU y por el RD 1945/1983 de 25 de mayo, y que en general se sancionan mediante multa. Tras ello señala la posibilidad de que un acto administrativo vulnere algún derecho, siendo procedente su impugnación (vía administrativa, contencioso-administrativa). Vistas las acciones administrativas, pasa al análisis de las penales, haciendo especial mención de la llamada responsabilidad civil derivada del delito. Esta enumeración de acciones acaba en las civiles, en donde trata básicamente de la resarcitoria, planteándose si las organizaciones de consumidores pueden ejercitar acciones por daños causados a una colectividad genérica de consumidores. Su respuesta es negativa, al igual que la mayoría de la doctrina. Asimismo menciona otras acciones de carácter civil (las derivadas del contrato, cesación y rectificación en materia de publicidad, etc.).

El capítulo acaba en el análisis del art. 31 LCU que trata del arbitraje en materia de consumo. Lógicamente se alude a la Disposición final primera de la Ley de arbitraje de 1988, que afirma su aplicación al arbitraje de la LCU, así como al RD 636/1993, de 3 de mayo que desarrolla el sistema arbitral de consumo.

10. Visto el contenido de la obra, proceden las oportunas notas.

10.1. En primer lugar, debemos mencionar la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, cuyo objeto es adaptar el Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos. La obra de Gómez Calero no recoge esta Ley, dado

que ésta surgió después de la publicación de aquélla. No obstante esto, se incluye en un anexo el Proyecto de Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos de 1993, cuyo fin era introducir la Directiva 85/374/CEE.

E igualmente por las mismas razones que acabamos de indicar en el párrafo precedente, la obra de Gómez Calero no alude a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, cuyo fin es la incorporación al Derecho español de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.

10.2. ¿Qué lugar ocupa la presente obra en el panorama bibliográfico?

En los ya 10 años transcurridos desde la publicación de la LCU y a grandes rasgos, constatamos que los trabajos de investigación surgidos sobre la LCU centran su atención en concretos aspectos, parcelas o derechos de los consumidores y usuarios. Con las excepciones, a modo de meros ejemplos entre otros posibles, de los «Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios» (1992) coordinados por R. Bercovitz y J. Sala, o, del n.º 3 de la revista «Estudios sobre consumo» (1984), o, de los «Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores (1987) de A. y R. Bercovitz, que reúne distintos artículos de estos autores publicados en diferentes lugares, lo normal no son libros que traten de forma sistemática y global toda la LCU. En este sentido, la obra de Gómez Calero cubre esta laguna. Se trata de un libro de fácil y ágil lectura, en donde el lector podrá encontrarse por vez primera con la LCU sin sufrir traumas en su conocimiento (es ya lugar común resaltar la deficiente redacción de la LCU). Por todo esto se trata de una lectura adecuada para alumnos de la licenciatura, bien interesados en esta materia, bien que tengan alguna asignatura relacionada con la protección de los consumidores y usuarios (en este sentido ténganse presente los nuevos planes de estudio). Asimismo es lectura adecuada para juristas que quieran iniciarse en esta materia.

No obstante las anteriores apreciaciones, también hemos de indicar que algunas de las cuestiones que la doctrina se plantea a propósito de la LCU no son mencionadas. Por aludir a algún caso, sin carácter exhaustivo: no se plantea si el «bystander» tiene acción de daños en base a la LCU; tampoco si el fabricante responde o no con la LCU de los llamados riesgos del desarrollo; etc. Por otro lado, la bibliografía empleada no es muy extensa. En definitiva, su virtud reside en ser un libro que permite iniciarse en el conocimiento de la protección de los consumidores y usuarios.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Las personas jurídico-privadas tutoras. (En consideración al aspecto personal de la tutela)», Editorial J. M. BOSCH, Barcelona, 1994.

La modificación del Código civil en materia de tutela, al incluir a las personas jurídicas entre los sujetos capaces de ser tutores, supuso un cambio radical en la institución, sin olvidar las demás modificaciones introducidas en orden a simplificar el sistema. Como con acierto señala la autora, tuvo peso específico en la inclusión de las personas jurídicas el hecho de que se hubiera constatado lo inoperante de la institución cuando los pupilos carecían de medios económicos, así como la consideración del problema que los disminuidos psíquicos, fundamentalmente, y los físicos plantean ante la falta de sus progenitores. Todo ello, además, en desarrollo de los principios constitucionales que proclaman, junto a la protección de la familia y de la infancia, la de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

El estudio se centra en el análisis pormenorizado de la posibilidad que, tras la citada reforma, tienen las personas jurídicas para ejercer la tutela; concretamente se refiere a las personas jurídicas privadas. El fin último del estudio se encuentra, en palabras de la autora, en la valoración de la idoneidad, beneficio y utilidad de tal instrumento.

Vamos a destacar aquí las cuestiones que a nuestro juicio podrían tener más interés para el lector, y aunque tan sólo haremos alusión a los puntos en los que se trata el tema de la persona jurídica tutora por ser los más innovadores, justo es decir que el presente trabajo aporta un riguroso y detallado análisis de la institución tutelar, el cual sirve precisamente de base, como ya se ha dicho, para establecer los principios que deben regir el ejercicio de la tutela por las personas jurídicas.

La ausencia de estudios monográficos sobre la persona jurídica tutora justifica por sí solo el trabajo, y le dota de gran interés jurídico, dado que en la práctica la utilización de esta posibilidad no se hizo esperar, superando probablemente todas las previsiones.

Se divide el trabajo en tres partes. La primera se dedica al análisis de la constitución de la tutela, considerada como medio de proteger a menores e incapacitados ante la ausencia de las personas que inicialmente deben cumplir esta función: los padres. En la segunda se centra la atención en el ejercicio de la tutela y en las particularidades que el mismo presenta en relación con la ejercida por personas jurídicas. Por último, se analiza la responsabilidad de los órganos tutelares y la extinción de la tutela.

La base del trabajo se encuentra en el análisis detallado de la institución tutelar, del cual se parte para determinar la adecuada aplicación de sus normas a la persona jurídica tutora y para fijar con precisión las matizaciones que tan peculiar sujeto de derecho obliga a introducir en la materia para lograr su perfecto encaje.

Así, considera en primer lugar los supuestos en los que cabe el nombramiento de una persona jurídica como tutora que son los siguientes: cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 y se estime que la persona más idónea es una institución que reúna los requisitos previstos en el artículo 242; cuando existiendo aquéllas no sean las más idóneas, atendido

siempre el interés del menor; y cuando la designación de una institución se haga en testamento o documento público por los titulares de la patria potestad. Destaca en este punto el hecho, admitido en otras legislaciones, de que la delación de la tutela en favor de una persona jurídica tiene siempre carácter subsidiario, en defecto de personas físicas adecuadas o idóneas.

Especial atención merece el análisis específico de la persona jurídica tutora que se aborda por la autora en la primera parte del trabajo. En primer lugar señala que el artículo 242 del Código civil implica una ampliación de la capacidad de las personas jurídicas, que ahora, mejor que nunca, puede decirse que no se limita al ámbito patrimonial, aunque de hecho, en ningún momento se ha circunscrito exclusivamente a él. No se puede olvidar que antes de la reforma existían instituciones, tanto públicas como privadas, que venían ostentando la guarda de menores e incapacitados, si bien es cierto que el citado precepto supone una auténtica novedad que implica la consagración de la capacidad extrapatrimonial de las personas jurídicas. Con anterioridad a la reforma de 1983 únicamente podía hablarse de una tutela impropia, atribuida a organismos públicos de carácter asistencial, que se limitaba a la protección de la persona, careciendo, en general, de contenido patrimonial; y que, en todo caso, se instrumentaba sobre una persona física, no pudiendo afirmar que existiera una verdadera tutela ejercida por personas jurídicas; conclusión a la que llega tras analizar las distintas normas, generalmente de carácter administrativo, relativas a la protección de menores desamparados.

Subraya la autora el acierto de la inclusión del artículo 242, entre otras consideraciones, por la utilidad de dicho precepto para cubrir el vacío existente en los supuestos en que los sujetos incursos en causa que exija nombramiento de tutor no cuenten con ninguna persona física que pueda ocuparse de ellos; y porque, además, implica el reconocimiento de la gran labor que determinadas instituciones venían realizando, sobre todo en lo que respecta a los deficientes psíquicos.

El análisis de los requisitos exigidos por el artículo 242 del Código civil a las personas que vayan a ejercer la tutela, ausencia de ánimo de lucro y finalidad centrada en la protección de menores e incapacitados, como todos sabemos, sirve de marco para delimitar qué entidades quedan comprendidas dentro del precepto. El primer requisito permite afirmar que podrán ejercer la tutela las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público; y de ellas tan sólo las que reúnan el segundo requisito. Quedan, por tanto, excluidas las sociedades civiles y mercantiles. En particular, destaca la autora la adecuación de la fundación para ejercer la tutela, no sólo por su carácter permanente, sino también porque, a diferencia de la asociación, una vez constituida se desvincula del fundador, y, en palabras de LACRUZ, ya no puede ser libremente modificada ni extinguida, es una finalidad en acción, con medios y organización propios.

En lo relativo al proceso de nombramiento de tutor, presenta particular interés el régimen de excusas. Un único supuesto de excusa prevé el Código para las personas jurídicas: la falta de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. Esta causa puede producirse de forma originaria o sobrevinida, esto es, en el momento del nombramiento o con posterioridad a él; en este segundo caso la persona jurídica podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, incluso contra la letra del artículo 254 del Código civil, ya

que no tiene sentido negarle la posibilidad de excusa por falta de medios sobrevenida, sobre todo en consideración al interés del menor o incapacitado; pero es que, por otra parte, no resulta posible coordinar el precepto con los demás que articulan el régimen de excusas, y concretamente con el contenido del artículo 255, en el que se establece que la excusa sobrevenida podrá alegarse en cualquier momento.

Interesante resulta, por la particularidad que presenta, la posibilidad de que la persona jurídica incurra en causa de remoción. En principio no cabe atribuir a la persona jurídica la titularidad de la conducta de quienes no son más que sus gestores, y, en consecuencia, la concurrencia de una causa de remoción daría lugar a la sustitución del gestor que hubiere obrado incorrectamente. Ahora bien, si persistiera pese al cambio de gestor la inobservancia de las obligaciones frente a los tutelados, debería operar la remoción respecto a la persona jurídica, dado que lo que se tutela son los intereses de aquél; ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, que en este caso podrían alcanzar, tratándose de fundaciones, al Protectorado, en cuanto que su misión es velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de la fundación .

Por lo que respecta a las funciones del tutor, centra la atención en el aspecto personal que es el que presenta mayor particularidad cuando la tutela se ejerce por persona jurídica. En el aspecto patrimonial la gestión de los bienes del pupilo no presenta diferencia alguna en atención al hecho de que la tutela se ejerza por persona física o jurídica. Acotado el tema dedica especial atención a la representación en la esfera personal que se ostentará por la propia persona jurídica tutora, y será materialmente ejercida por los miembros que forman los órganos gestores de aquélla, o persona en quien deleguen. Con detalle estudia el artículo 269 del Código civil, en el que se contemplan las funciones del tutor en orden a la persona del tutelado, y que debe cumplir, lógicamente, el tutor persona jurídica; analiza por separado cada una de las obligaciones que recoge el precepto, estableciendo la adecuación de cada una de ellas con la persona jurídica tutora, haciendo especial referencia a las fórmulas más idóneas para cumplir estas funciones.

A la posibilidad apuntada desde algún sector de que una pluralidad de personas jurídicas privadas ejerzan la tutela en la esfera personal de un único pupilo, dedica una breve reflexión para concluir que si ni siquiera tratándose de tutores personas físicas cabe admitir esta división en el ejercicio de la tutela en la esfera personal, cuanto menos sentido tiene admitirlo cuando el tutor es una persona jurídica.

Los derechos del tutor son objeto de atención en el último epígrafe de la segunda parte. Corresponden a la persona jurídica en la misma medida que a la persona física. En particular, el deber de obediencia del pupilo, con el correlativo derecho del tutor a exigirla, deberá observarse, en nuestro caso, tanto respecto a la persona que materialmente ejercita las funciones tutelares, como respecto a las decisiones que la entidad titular de la tutela adopte.

Debatido es el derecho de la persona jurídica tutora a percibir indemnización por los daños y perjuicios que el ejercicio de la tutela le ocasione. La autora resuelve la controversia en el sentido de admitir esta posibilidad, rebatiendo los argumentos de quienes la excluyen con base en dos cuestiones: la obligación que surge para la persona jurídica de ejercer la tutela cuando es

designada para ello, salvo que concurra causa de excusa; y que el percibo de estas indemnizaciones no contradice la ausencia de ánimo de lucro que preside estas entidades.

Como hemos adelantado, la tercera parte de la obra se dedica a la responsabilidad de los órganos tutelares y a la extinción de la tutela, esta segunda cuestión no plantea ninguna particularidad respecto a las personas jurídicas, salvo en lo relativo a la extinción parcial de la tutela y a las causas de expiración de las funciones del tutor.

La primera cuestión se aborda con una crítica a la ausencia de un adecuado y estricto régimen de responsabilidad del tutor en la Ley 13/1983, poniendo como ejemplo de riguroso tratamiento de la responsabilidad de los órganos tutelares al Código civil suizo, cuya regulación en este campo hubiera sido deseable en nuestro sistema. Esta ausencia de regulación específica obliga a remitirse a las disposiciones generales en materia de responsabilidad, cuya adecuación a la figura estudiada es objeto de detenido análisis, sin pretender, como pone de manifiesto la autora, hacer un planteamiento exhaustivo que abarque todas las cuestiones a que da lugar tan compleja materia. Respecto a la persona jurídica tutora se sienta como principio que las personas jurídicas están sujetas a responsabilidad, cuestión que entendemos, permítasenos este inciso, está fuera de toda duda. Responsabilidad que se extiende tanto al ámbito contractual como extracontractual. La admisión de responsabilidad implica, obviamente, la obligación de la persona jurídica de reparar los daños causados; a este respecto se entiende que aquélla tendrá derecho de repetir contra los gestores causantes del daño si a ello ha lugar por haber incurrido en conducta negligente o culposa.

Analiza también la responsabilidad de la persona jurídica tutora frente a terceros por los daños que les hubiera causado el tutelado; admite esta responsabilidad, pero pone de relieve su disconformidad con la tendencia jurisprudencial que contempla la responsabilidad de padres y tutores como una responsabilidad cuasi-objetiva, por considerar incorrecto fundar este tipo de responsabilidad en criterios objetivos prescindiendo totalmente de la idea de culpa, aunque tampoco considera adecuada una formulación abstracta del fundamento tradicional.

Estamos ante un trabajo riguroso, serio e innovador, del que cabe destacar su complejidad, debido a la dificultad que presenta abordar el estudio de la persona jurídica en cualquier ámbito, ante la ausencia de normas específicas y el escaso número de monografías dedicadas a su estudio sistemático. Se puede considerar como una de las pocas obras que auna el estudio de la tutela y su ejercicio por persona jurídica; de ahí su gran importancia tanto a nivel doctrinal como práctico.

M.^a TERESA CARRANCHO HERRERO

Prof. Asociada de Derecho Civil
Universidad de Burgos.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «La insolvencia». Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, 1.ª edición, págs. 327.

El contenido del concepto «insolvencia» es de definición difícil. Normalmente partimos de una noción matemática o contable, que no siempre se ajusta al papel que cumple el término en nuestro ordenamiento jurídico. La ausencia de una caracterización de la insolvencia técnicamente apropiada da lugar a la consiguiente falta de seguridad, tanto en el operador jurídico como en el sujeto afectado por la norma. De aquí la necesidad de una monografía que se ocupase de esta materia y arrojase luz sobre cuál sea la función jurídica que cumple el concepto.

En «La insolvencia», Orduña Moreno logra abstraer el fin a que se ordena el uso del término en nuestro ordenamiento, partiendo del análisis detallado de los preceptos en que aparece. La insolvencia funciona como *hecho o causa jurídica* que activa determinadas medidas de tutela del derecho de crédito.

Si tradicionalmente se conoce la definición de insolvencia relativa al estado patrimonial del deudor (pasivo superior al activo,...), en la obra de Orduña Moreno parece trasladarse el punto de referencia hacia el interés del acreedor. Así, hay insolvencia cuando hay *lesión del derecho de crédito*. Si el crédito está plenamente garantizado, no es necesario activar las medidas previstas para su protección: no hay insolvencia, en relación con este concreto derecho de crédito.

En la monografía, el recorrido hacia la elaboración de la noción de insolvencia se inicia con ayuda del método histórico. El capítulo primero de la obra constituye un profundo estudio, bien documentado, sobre su origen y trayectoria doctrinal. Subraya el autor que la insolvencia no se configuró en sus inicios como *incumplimiento*, sino en el ámbito de la *responsabilidad patrimonial* y en torno a otros términos jurídicos más elaborados, como el *periculum* (riesgo) y el *damnum* (lesión).

Dos de los puntos más destacados de la obra de Orduña, probablemente son los siguientes: 1.º) la eliminación de toda confusión entre las categorías de incumplimiento e insolvencia, y 2.º) la crítica a la teoría de la insolvencia de Bonelli.

El primero queda perfilado en el apartado que se dedica al estudio histórico (capítulo I). Más interesante es, ya en el segundo capítulo, la crítica a la teoría desarrollada por Bonelli, según la cual se identificaba la insolvencia con la misma quiebra. El autor, por el contrario, defiende la autonomía de la noción de insolvencia respecto de los procedimientos concursales; la juridicidad del concepto, no limitado al aspecto puramente económico; y, en definitiva, su primordial caracterización como hecho o causa legal que desencadena una serie de medidas de tutela del derecho de crédito. La *responsabilidad patrimonial* del deudor es la base sobre la que se fundamenta esta idea.

Al salir del campo estrictamente teórico, el tercer capítulo se dedica a la prueba de la insolvencia. Su constatación se realiza en el patrimonio del deudor, parámetro objetivo para determinar la imposibilidad de pago total o parcial de la deuda. La insolvencia es valorable, a efectos de prueba, como cuestión de hecho y no precisa declaración judicial previa al proceso correspondiente a la tutela del derecho de crédito a que haya dado lugar.

Finalmente, se desarrolla el estudio de las manifestaciones de la insolvencia en el Código civil (capítulo IV) y legislación especial (capítulo V). Esta parte de la monografía quizás resulte al lector más árdua que los apartados anteriores. Al referirse a *los principales cauces de expresión de la insolvencia como hecho o causa jurídica*, el autor se detiene particularmente en la insolvencia como lesión del derecho de crédito (análisis del concepto a partir de los artículos 1.129.1.º, 1.111, 1.911 y 1.292 C.c., relativos a medidas de tutela del derecho de crédito), y —en menor proporción— como riesgo (estudio de los artículos 1.071, 1.145, 1.844 C.c., referidos a la obligación solidaria) y como hecho integrado en el ámbito de una relación contractual (arts. 1.529, 1.700.3.º y 1.732.3.º C.c.).

«La insolvencia», obra de Francisco Javier Orduña Moreno, supone una aportación indiscutible al panorama jurídico, al salir de los esquemas de la mera constatación económica y formal en que se encerraba el término de la insolvencia, para alcanzar una noción más adecuada a la realidad de nuestro ordenamiento, en el que la tutela al derecho de crédito juega un papel esencial. En estos momentos se prepara una segunda edición de la monografía, que probablemente añada a la primera el estudio diferenciado de las expresiones «insolvencia» y «crisis de la empresa».

CARMEN JEREZ DELGADO

PEREZ ALVAREZ, Miguel Angel: *«Interpretación y Jurisprudencia»*, Ed. Aranzadi, 1994, págs. 232.

El libro que ahora comento lleva por título «Interpretación y Jurisprudencia», del que es autor el Doctor Miguel Angel Pérez Alvarez, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, y versa sobre la exégesis de un precepto, el art. 3.1 del Código Civil; se trata de un estudio monográfico que distribuye el autor en cinco capítulos, a lo largo de 232 páginas y un índice de las resoluciones del Tribunal Supremo citadas (desde 1878 a 1992). Publicado por la Editorial Aranzadi, 1994.

Con ser la exégesis de un solo precepto éste por ser el vértice de las reglas de interpretación comprende todo el proceso de interpretación de los textos legales, por lo tanto, se proyecta en una materia abarcante de la aplicación del Derecho, el puente entre la norma y la resolución justa.

Esta monografía, que refleja la específica preparación y sus dotes de civilista, descubre en el autor el amplio horizonte de jurista ocupado en las tareas didácticas y de investigación.

El tema elegido para este estudio irradia luz abundante para adentrarse en todos y cada uno de los problemas que suscita la interpretación, la visión de su conjunto con la vigorosa muestra del contraste entre las reglas no claras en el momento de su aplicación y la valoración jurisprudencial, es decir, entre el precepto objeto de examen y cualquier otra norma, punto

de partida, cuya aplicación suscita dudas en la forma que viene concebida durante su vigencia.

El problema central del precepto estudiado, y en consecuencia de su estudio monográfico, es el cauce de la acomodación del Derecho a la realidad social. Dicha acomodación indica los dos términos de referencia: de una parte, la ley declarada aplicable, que se supone ya elegida por su previa adecuación al supuesto de hecho; y de otra, la realidad social que presta al insuficiente o ambiguo el significado preciso, confiere nuevos sentidos al enunciado legislativo, en su aplicación al caso, la adaptación o inadaptación de alguna de las significaciones a la consecuencia jurídica.

El modo para conducirse ante esa adaptación viene disciplinado en el art. 3,1 del Código Civil, precepto que regula el modo de proceder de los jueces en la interpretación de las normas que aplican.

La singularidad de este precepto reside precisamente en ser una regla sobre interpretación, lo que influye inevitablemente en su exégis: naturaleza de la norma, carácter vinculante, consecuencias de su infracción o de la inobservancia, elementos. Como norma sobre interpretación de las leyes su lectura apunta hacia la libertad del Juez, normas de delimitación del arbitrio judicial. El profesor Pérez Alvarez concibe el art. 3,1 del C.C. como una norma (normas sobre normas) de *ius cogens*; de carácter, por tanto, imperativo, p. 135, vinculante, en el sentido de que *ex officio iudicis* haga uso de la misma, cuya infracción sirve para fundamentar de derecho el recurso de casación, p. 140.

Cuestión distinta es la apreciación y valoración referida *ad casum*, tratar de entender la realidad social, que queda al arbitrio del Tribunal, la formulación adecuada a las cuestiones planteadas en el caso particular, no a otras.

Diríamos que el art. 3,1 C.C. en cuanto norma de interpretación su aplicación no es discrecional; mientras que la realidad social como hecho, tendencia, o concepto jurídico indeterminado, sí requiere la fijación o determinación por el Tribunal con la certeza de los hechos, subsumir en la norma los hechos.

El análisis del contenido intrínseco de la norma, por su *ratio*, por los principios informadores, criterios de eficacia, no agota, con ser inaplazables, otros problemas de interpretación referidos a la norma declarada aplicable, aquella que se entiende mal interpretada y, por tanto, la nueva significación que se propone: desvelar su sentido y alcance a la luz del art. 3,1, que completa e ilumina la anterior con la que obliga a seguir en adelante.

En este marco de la norma aplicable se manifiesta el interés práctico de todo el libro para la correcta comprensión de la interpretación de las leyes: cómo deducir el significado, la formulación adecuada del precepto que se trata de aplicar, p. 183.

En el análisis concreto del «empleo del canon hermenéutico» se encuentra a mi juicio el indudable interés práctico que este estudio monográfico encierra para una relectura de los métodos y resultados de la interpretación, tema central de la Parte general ubicado hasta ahora en el marco del Derecho civil que, por razón de la materia, incide en toda disciplina, en cualquier área del Derecho sea público o privado.

El canon sociológico no es excluyente de otros en la labor hermenéutica; en la búsqueda del sentido de la norma el Juez cuenta con otros, tales como el

lenguaje de la ley, el elemento racional, la naturaleza de las cosas, la opinión de los autores o doctrina científica. Acomodar la decisión al caso controvertido es deber inexcusable del Juez que ha de seguir al respecto las pautas interpretativas, sin servilismo a la Ley pero en dirección a la Ley, esto es sin contradicción con ella. El arco se tensa entre ese deber, obligación, necesidad, y el arbitrio judicial así delimitado.

Naturalmente los cánones tienen distinta aplicación según los textos, que sean codificados o no, y según las materias, el sujeto inmediato de sus disposiciones, de que correspondan más o menos directamente al fin tuitivo. En éstas el «espíritu y finalidad» tiene ámbito de mayor concreción. Estudia el autor la delimitación y ámbito en cada uno de los cánones: canon histórico, que aclara el origen, la *occassio legis*, y narra la evolución de un texto, sobre todo si es codificado; canon sistemático, a través de la conjunción entre normas, relación entre preceptos, que parte de la significación del precepto en el contexto de la norma a aplicar, adaptación que puede establecerse de forma horizontal o vertical (norma superior), en el contexto dominante de la Constitución.

Cada uno de estos cánones hermenéuticos se presta a una valoración de las decisiones jurisprudenciales en que se emplea, que el autor aprecia conforme a las razones *obiter dicta*, explicando, caso de que estime desacierto, la cuestión controvertida en la sentencia comentada, la *ratio decidendi* contenida en el fallo.

Finalmente el espíritu y finalidad del precepto en la realidad social: cómo ha sido entendido en la práctica jurídica en el curso de vigencia del precepto examinado.

Una reflexión global acerca de este estudio monográfico sugiere nuevos temas de los que ya el propio autor hace reserva para un segundo libro que, según mis noticias, tiene ultimado, tales como el riesgo de la indebida aplicación, consistente en entender el canon sociológico como simple cláusula de estilo, lo que, a mi juicio sería, un portillo abierto a reducir o sustituir por la «ideología política» reinante en cada momento el resultado útil al bien común que toda norma persigue como finalidad.

Acaso el autor, según mi opinión personal, debiera contrastar esa delimitación del arbitrio judicial con el principio dispositivo en la administración de la prueba, el nuevo examen de Derecho una vez fijados los hechos, por más que ésta sea materia procesal; no parece oportuno separar la *certeza* de los hechos de la *claridad* de la norma. No faltan en este estudio análisis de medidas procesales, como las cautelares, que encuentran su recepción genérica en el principio constitucional de tutela-judicial efectiva, p. 195.

Particularmente me resulta sugerente la delimitación entre las posibilidades de innovación a través del canon sociológico y la derogación no expresa de las leyes, el conflicto con el Derecho preexistente y no formalmente derogado, pese a que se encuentran alusiones en esta monografía donde el autor se muestra poco propicio a penetrar en esa «extraña figura» de la interpretación *abrogans*, pp. 161, 238, 230. En último término, hasta qué punto varía la atribución de significados, la argumentación, o el sistema mismo: el paso de un sistema legislativo a un sistema de reformismo jurídico. Cabe destacar finalmente el hecho de que la obra contenga 232 páginas y 251 notas, lo que denota la seriedad y esmero en el respeto de la opinión ajena, sin merma de exponer decididamente sus particulares puntos de vista, por lo demás atinados y con buen sentido.

En definitiva, un buen trabajo de un buen jurista, que merece la calificación de Sancho Rebullida extendida en el prólogo: «el profesor Pérez Álvarez ha hecho una labor impresionante».

JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO
Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Carmen JEREZ DELGADO
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones. 8. Varias.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. AAVV: «Travaux du colloque sur: le droit de la transfusion sanguine», GP, 1995, núms. 11-12, págs. 2-28.

Contiene comentarios sobre la ley de 4 de enero de 1994 en materia de transfusión. Responsabilidad civil de las estructuras de distribución de productos sanguíneos. Responsabilidad de los hospitales públicos del Estado en relación a las transfusiones sanguíneas. El seguro y las transfusiones sanguíneas. Religión y transfusión. (ARANDA/SIERRA).

2. ADDOR, F.: «Le decisioni equitative nel diritto civile svizzero», RTDPC, 1994, núm. 1, pág. 141 ss.

Se analiza el recurso a la equidad en el ordenamiento jurídico civil suizo como medio de integración de las lagunas de la ley. (GD-PG)

3. AJANI: «La circulation de modeles juridiques dans le droit post-socialiste», RCDI, 1994, núm. 4; págs. 1087-1105.

La recepción de los modelos jurídicos occidentales en la Europa central y del Este. Transformación de la familia. Convergencia del «civil law» y del «common law». (ARANDA/SIERRA)

4. BELFIORE, E.: «Brevi note sul problema della scusabilità dell' "ignorantia legis"» (Nota a Cass. 10 junio 1994, Calzetta), F.I., 1995, núm. 3, II, págs. 154 ss. (GD-PG)

5. BONAMORE, D.: «Il principio di razionalità e verità della legge, le sentenze della Corte costituzionale e l'ingresso nell'ordinamento dell'adozione speciale da parte del singolo (art. 6 l. 22 maggio 1974 núm. 357) - nota a C. cost. 16 maggio 1994 núm. 183», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2107-2110. (RDR).

6. CARRE: «La délicate interprétation des jugements en présence d'une ambiguïté (art. 461 nouv. pr. civ.)», GP, 1995, núm. 137-138, págs. 11-15.

Límites externos a la labor de interpretación judicial: existencia de una contradicción radical. Límite interno: interpretación exegética. Otras interpretaciones. (ARANDA/SIERRA).

7. CRISCUOLI, G.: «Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di "error iuris"», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 719 ss.

A raíz de una sentencia de la Corte Constitucional italiana de 24 de marzo de 1988 (núm. 364), en la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 5 del vigente Código penal, se reformó la redacción de la norma estableciendo actualmente que «la ignorancia de la ley penal no excusa, salvo que se trate de una ignorancia inevitable». Se comenta desde el punto de vista civilista, esta reforma y su relación con el error de Derecho regulado en el Código civil italiano. (GD-PG).

8. DENOZZA, F.: «La struttura dell'interpretazione», RTDPC, 1995, núm. 1, pág. 1 ss.

El autor se propone demostrar que la interpretación jurídica dispone de instrumentos suficientes que permiten atribuir a los textos normativos significados inequívocos y que por la ausencia de soluciones unívocas al caso concreto, el intérprete no está legitimado para emplear valoraciones personales de origen extrajurídico, porque existen criterios de valoración propiamente jurídicos que pueden orientar al intérprete en los casos más ambiguos. (GD-PG).

9. GIZARDIN: «De la compétence administrative au judiciaire dans le cas d'action en responsabilité contre les personnes privées participant à un service public en matière de transfusion sanguine», GP, 1994, núms. 282-284, págs. 12-16.

Comentario a la sentencia del Tribunal de París de 10 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

10. GRASSANO, P.: «Obbligo a contrarre dell'impresa monopolista e rispetto del principio di pari condizioni e di non discriminazione», GC, 1995, núm. 1, págs. 45-51.

Breve análisis de la empresa en régimen de monopolio. Obligaciones de la empresa y control de la Administración. (RDR).

11. GUGLIELMI, M.: «Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale - nota a C. cost. 16 maggio 1994 núm. 183», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2110-2113. (RDR).

12. JUNKER A.: «Rechtsvergleichung als Grundlagenfach», *JZ*, 1994, págs. 921-928.

El autor considera la comparación jurídica como un elemento fundamental para fomentar y cultivar de forma eficaz la investigación y el conocimiento del Derecho. El artículo trata sobre la situación de la Ciencia del Derecho Comparado, su utilización para el perfeccionamiento del Derecho Privado y su significado para la formación de los juristas. La tesis central es que sólo a través del Derecho comparado, que junto con la Historia del Derecho descubren las constantes del Derecho privado europeo, puede tener éxito a largo plazo la unificación del Derecho privado en Europa. (MPGR).

13. MAMMONE, G.: «Principio volontaristico e formazione dell'uso aziendale - nota a Cas., sez. un., 30 marzo 1994 núm. 3134», *GC*, 1995, núm. 1, págs. I, 231-235. (RDR).

14. MÜLBERT, P.O.: «Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt», *ZHR* 159 (1995), págs. 2-33.

El autor estudia la repercusión que las denominadas libertades fundamentales contenidas en el Tratado de la Unión Europea tienen sobre normas imperativas del Derecho privado interno. Ha sido en particular el desarrollo jurisprudencial de los artículos 30 (prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación), 48 (libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad), 52 (libertad de establecimiento) y 59 (libre prestación de servicios) del Tratado lo que genera posibles contradicciones con normas jurídico-privadas. La cuestión se ha planteado en el ámbito de la circulación de mercancías y, más recientemente, en el de la circulación de personas y prestación de servicios. El autor estudia esta evolución a la luz de varios casos jurisprudenciales. (IGP).

15. OSTERLOH L.: «Steuerrecht und Privatrecht», *JUS.*, 1994, págs. 993-999.

El Derecho tributario regula la participación del Estado en los ingresos privados, patrimonios y consumo. El Derecho privado define las normas sobre el intercambio de bienes y servicios en el mercado, entre productores, comerciantes y consumidores. El Derecho tributario encuentra los patrimonios privados normados en forma privada y en el tráfico patrimonial privado como fuente potencial de ingresos estatales, y debe reaccionar ante esta situación. La reacción lógica y legítima en la construcción de los supuestos de hecho tributarios con formas jurídicas e instrumentos de Derecho privado constituye un problema central de cada sistema tributario lógico y legítimo. (MPGR).

16. SCHERMI, A.: «Riflessioni sulla società a responsabilità limitata con unico socio», *GC*, 1995, núm. 3, págs. II, págs. 127-140.

Reflexiones sobre la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, según la XII Directiva CEE 21 de diciembre de 1989, núm. 89/667. (RDR).

17. SCHULZE: «Le droit privé commun européen», *RIDC*, 1995, núm. 1, págs. 7-32.

El autor analiza el tema teniendo presente el estado de la cuestión en Alemania. Compara el derecho común y el derecho privado europeo en la actualidad; los nuevos campos de búsqueda de la ciencia jurídica; la estructura a base de principios del derecho privado europeo; y el papel que cumple la actividad legislativa y la ciencia jurídica. (ARANDA/SIERRA).

18. SERIAUX: «La notion juridique de patrimoine», *RTDC* 1994 núm. 4 págs. 801-813.

Introducción o primera vista. El concepto común de patrimonio. Evolución en el ámbito del tener (avoir) no del ser (être). El flujo de bienes y el grado de patrimonialidad. (ARANDA/SIERRA).

19. TARUFFO, M.: «Dimensioni del precedente giudiziario», RTDPC 1994, núm. 2, pág. 411 ss.

Analiza la posibilidad de introducir en el elenco de las fuentes del ordenamiento jurídico italiano el precedente judicial y su relación con la jurisprudencia. (GD-PG)

20. VANDERLINDEN: «Contribution en forme de mascarot à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate». RTDC 1995 núm. 1 págs. 69-84.

Análisis de los distintos significados de la palabra fuente. Teoría de las fuentes: ¿Entidades? Clasificación. Normas oficiales. (ARANDA/SIERRA).

21. WANG: «Aperçus sur la législation civile», RCDI, 1994, núm. 1, págs. 7-9.

El desarrollo del Derecho civil chino a partir de 1979. Régimen jurídico de las personas jurídicas; la propiedad y la propiedad intelectual; los contratos. (ARANDA/SIERRA).

2. DERECHO DE LA PERSONA

22. ALPA/GAGGERO: «La protection des bases de données dans l'avant-projet communautaire»; RCDI, 1994, núm. 4, págs. 1069-1085.

Los autores parten de resaltar la importancia de la informática en la sociedad actual, para continuar por dar una definición de las bases de datos y acabar con una crítica al anteproyecto comunitario. (ARANDA/SIERRA)

23. ANDORNO: «Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?»; RCDI, 1994, núm. 1, págs. 141-152.

Oposición entre el Derecho europeo y la procreación artificial. La primacía de la técnica en algunas legislaciones. La primacía de la persona. Influencia del derecho en este ámbito. Protección del embrión humano. (ARANDA/SIERRA).

24. BLANC: «L'égalité d'une opération de contrôle d'identité motivée», SJ, 1995, núm. 15, II-22414.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de León, sección 4.^a A, de 19 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

25. BOCCARA: «Legitimité du "référé diffamation" et conditions de légalité de ses prescriptions», GP, 1995, núms. 64-66, págs. 11-14.

Los cambios judiciales en la materia a raíz de las decisiones de la segunda sección civil de la corte de casación de 5 de febrero de 1992. (ARANDA/SIERRA).

26. BONAMORE, D.: «Il diritto al nome, patrimonio irrettabile della persona umana e segno distintivo della personalità - nota a C. cost. 3 febbraio 1994 núm. 13», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2435-2439. (RDR).

27. BRUNZ: «Le délai pour prouver la vérité des faits diffamatoires est-il celui de l'art. 55 de la loi devant des juridictions civiles?», GP, 1995, núms. 64-66, págs. 15-17.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 22 de junio de 1994 en los supuestos de difamación y jurisdicción civil. (ARANDA/SIERRA).

28. BYK: «Chronique d'actualité: bioéthique (legislation, jurisprudence et avis des instances d'éthique)», SJ, 1995, núm. 20, I, 3848. (ARANDA/SIERRA).

29. CARVAIS-ROSENBLATT: «La brevetabilité du vivant», GP, 1995, núms. 111-112, págs. 3-10.

Estudio sobre bioética médica insertado en un número especial sobre derecho de las tecnologías avanzadas. Aplicación de la *brevetabilité* a las biotecnologías y su régimen general. (ARANDA/SIERRA).

30. CERVEAU: «La protection juridique améliore-t-elle l'accès au droit et à la justice?», GP, 1995, núms. 155-159, págs. 2-6.

Influencia de la sociedad de consumo en el acceso a la justicia. Protección jurídica y ética. Ayuda jurídica y protección jurídica del abogado. El punto de vista comunitario y el de las compañías de seguros. (ARANDA/SIERRA).

31. CHIAROLLA, M.: «Delitto (diffamazione a mezzo stampa) e castigo (risarcimento del danno): istruzioni per l'uso (Nota a Trib. Roma 2 noviembre 1994, 14 mayo 1994, 28 noviembre 1993, Trib. Trieste 28 julio 1993, Trib. Roma 25 enero 1993)», F.I., 1995, núm. 3, I, págs. 1023 ss. (GD-PG)

32. CLERICI, R.: «Modifica dell'articolo 17 della legge 5 febbraio 1992, núm. 91, concernente la proroga del termine per il riacquisto della cittadinanza italiana (l. 22 dicembre 1994, núm. 736)», NLCC, 1995, núm. 2, págs. 404-406.

Observaciones en torno a la nueva prórroga del término previsto por el artículo 17 de la ley de 1992, núm. 91, para la readquisición de la ciudadanía italiana. Sujetos afectados y efectos de la readquisición. (RDR).

33. COHEN, C.: «À propos de l'affaire du sang contaminé: l'incrimination introuvable», GP, 1995, núms. 20-21, págs. 2-3.

Comentario a propósito de la polémica levantada con motivo de la sentencia de la sala criminal de 22 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

34. CONSORTI, P.: «Tentativo di definizione dell'obiezione di coscienza nella logica dei valori costituzionali: il limite del diritto alla vita e del diritto alla pace», DFP, 1994, núm. 3, parte segunda, págs. 1107-1126.

Objeción de conciencia por motivos religiosos y conflictos entre ordenamientos; objeción de conciencia y obediencia a la ley; libertad y objeción de conciencia como valores constitucionales; derecho a la vida y a la paz. (ARG).

35. CONTALDO, A.: «La tutela del minore telespettatore: aspetti normativi ed autodisciplinari di un fenomeno in evoluzione», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1504-1527.

Profundización en diversas cuestiones relacionadas con la tutela del menor frente al fenómeno televisivo: derecho del menor a la información, censura de los espectáculos cinematográficos, obscenidad y común sentido del pudor, tutela del menor ante el mensaje publicitario, protección frente a la publicidad engañosa... (ARG).

36. COURBE: «Nationalité française du défendeur et incompétence du juge étranger». RDS 1995 núm. 2 págs. 20-24.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 18 de mayo de 1994 sobre la nacionalidad francesa y los conflictos de jurisdicción. (ARANDA/SIERRA).

37. CRESPI, A.: «Pubblicità delle udienze e rispetto della persona», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 559-571.

Reflexión en torno al conflicto que puede plantearse entre el principio de publicidad de juicios penales y el respeto a los derechos de la persona, a propósito de la Convención sobre «Proceso y *mass media*», con observaciones acerca de la orientación de la jurisprudencia alemana. (RDR).

38. **DERIEUX**: «Publication de documents fiscaux et recel de violation de secret professionnel», *SJ*, 1995, núm. 20, II, 22429.

Nota a la sentencia de casación criminal de 3 de abril de 1995. (ARANDA/SIERRA).

39. **DOGLIOTTI, M.**: «Vita, morte e miracoli del danno biologico», *DFP*, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 661-682.

Anotaciones a la sentencia del Tribunal de Milán de 2 de septiembre de 1993 relativa a daños a la persona. (ARG).

40. **DOMINGO, M.**: «Protection de la Vie privée et liberté des medias», *GP*, 1994, núms. 364-365, págs 2-8.

El autor considera como un principio fundamental de la democracia la libertad de expresión y de información. Pero debe haber unos límites, el derecho al honor y a la intimidad de las personas. (ARANDA/SIERRA).

41. **EBENE, C.**: «Disposizioni in materia di cognome aggiunto per affiliazione ex articolo 408 del codice civile (abrogato) (l. 20 gennaio 1994, núm. 48)», *NLCC*, 1995, núm. 2, págs. 344-348.

El instituto de la *affiliazione*, su derogación. La función asistencial y el problema de un status de «quasi figlio». La atribución del apellido del afiliante como efecto eventual.

Apellidos y status en el significado de la reciente normativa. (RDR).

42. **EBENE, L.**: «Rettifica degli atti dello stato civile e conservazione del cognome originariamente assunto», *NLCC*, 1995 núm. 2, págs. 407-414.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 3 de febrero de 1994, núm. 13, sobre rectificación de los actos del estado civil y la conservación del apellido originario.

Especial referencia al derecho al nombre, su configuración jurídica y la tutela de la persona. La protección de la identidad personal y de los intereses públicos en la exacta identificación del sujeto. (RDR).

43. **EDELMAN**: «La CJCE, le droit moral de l'auteur et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité». *RDS* 1995 núm. 9, págs. 133-139.

Nota sobre CJCE de 20 de octubre de 1993 sobre la propiedad intelectual y artística: Derechos de autor y derecho moral. Concepción comunitaria y nacional respecto a la protección de los derechos artísticos. (ARANDA/SIERRA).

44. **ERRERA**: «La cour européenne des Droits de l'Homme et les limites de la liberté d'expression. Réflexions sur de singulières variations», *GP*, 1995, núms. 172-173, págs. 37-42.

El art. 10 de la Convención Europea de los derechos del hombre y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal europeo según diversos casos. (ARANDA/SIERRA).

45. **FLÉCHEUX/LUSTIGER/GRANET**: «La personne humaine». *RDS* 1995 núm. 1, págs. 6-12.

La persona humana bajo perspectivas distintas:

- Del decano del colegio de abogados de París.
- Del cardenal arzobispo de París.
- De los ficheros sanitarios automáticos. (ARANDA/SIERRA).

46. FORKEL H.: «Das Bundesverfassungsgericht, das Zitieren und die Meinungsfreiheit», *JZ*, 1994, págs. 637-642.

El Tribunal Constitucional alemán, las citas y la libertad de opinión. Consideraciones a propósito de la Sentencia de 12 de octubre de 1993 (Maastricht-Urteils). (MPGR).

47. FOSSIER: «Modes de protection: définition des pouvoirs d'un mandataire spécial, d'un curateur et d'un géran de tutelle», *SJ*, 1995, núm. 15, II-22413.

Notas a las sentencias de la corte de casación civil de 8 de diciembre de 1993 (sección 1): de 6 de abril de 1994 (sección 1) y de 4 de mayo de 1994 (sección 1). (ARANDA/SIERRA)

48. FURKEL: «La réforme du nom en Allemagne (les dispositions essentielles de la loi du 16 decembre 1993», *RCDI*, 1994, núm. 4, págs. 1135-1141.

Modificación del apellido de los cónyuges con la ley de 16 de diciembre de 1993 que modifica la de 14 de junio de 1976. La opción ofrecida a los esposos con la ley de 1993: la «Begleitname» o la posibilidad de anteponer el apellido del cónyuge al propio. La transmisión del apellido al hijo legítimo y al hijo natural. (ARANDA/SIERRA)

49. GALOPPINI, A.M.: «Democrazia, uguaglianza, differenze: il caso dell'immigrazione islamica», *DFP*, 1995, núm. I, parte segunda; págs. 257-262.

En el marco de la coexistencia de varias identidades dentro de una sociedad democrática se busca responder a la cuestión de si la tutela de las diversidades es compatible con el principio de igualdad delante de la ley, principio sobre el que se fundamentan las sociedades democráticas de la Europa Iluminista. (ARG).

50. DE GARATE: «L'enfant face à son juge», *GP* 1994 núms. 291-289 págs. 8-9.

Líneas generales a seguir en los supuestos del procedimiento previsto en el artículo 1189 del código civil francés. (ARANDA/SIERRA)

51. GUIHO: «De la polygamie comme signe de non-assimilation à la population française». *RDS* 1995 núm. 7 págs. 108-110.

Nota sobre CE de 24 de enero y 11 de febrero de 1994 sobre nacionalidad y poligamia. Opción. (ARANDA/SIERRA).

52. GUILLEMARD: «Deux décisions judiciaires canadiennes récentes sur le droit à la mort. Monsieur le juge, puis-je mourir?», *RCDI*, 1994, núm. 3, págs. 909-919.

El autor analiza dos sentencias de los tribunales canadienses una vez despenalizada la tentativa del suicidio y admitida la eutanasia en 1972. En las sentencias analizadas los supuestos son diferentes. En uno se trata de una eutanasia activa y en otra pasiva y los tribunales resuelven con normativa diferente. (ARANDA/SIERRA).

53. HAUSER: «Personnes et droits de la famille». *RTDC* 1994 núm. 4 págs. 829-848.

Estado civil. Derechos fundamentales. Incapacidad. Matrimonio: divorcio, separación y filiación. (ARANDA/SIERRA).

54. HEIFER U.: «Die rechtliche Zulässigkeit von Leichenversuchen»; *NJW*, 1994, págs. 2377-2381.

El autor se plantea bajo diferentes perspectivas la licitud jurídica de la eutanasia. (MPGR)

55. IZZI, D.: «Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale», RTDPC, 1994, núm. 2, pág. 517 ss.

Análisis de las innovaciones sobre el régimen probatorio y sancionador que en materia de discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales introduce la Ley núm. 125 de 1991. (GD-PG).

56. JAJME, E.: «Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca», RDC, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 71-80.

Acercamiento al Derecho alemán, con apuntes de Derecho comparado y declaraciones judiciales, a propósito de la reforma introducida por Ley de 16 de diciembre de 1993, relativa al régimen jurídico del apellido en el Derecho de familia, con clara prevalencia de los derechos de la personalidad sobre los principios de orden público. (RDR).

57. KRIELE M.: «Ehrenschaft und Meinungsfreiheit». NJW, 1994, págs. 1897-1905.

El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) considera que la protección del honor queda por detrás de la libertad de opinión y de prensa y obliga a los jueces de instancia a seguir este criterio. El autor del presente artículo critica esta jurisprudencia. (MPGR).

58. LEBRETON: «Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, Milhaut)». RDS 1994 núm. 43 págs. 352-354.

Definición jurídica de muerte: consecuencias de la muerte cerebral, el coma profundo. La protección de los muertos por los principios deontológicos fundamentales. (ARANDA/SIERRA).

59. M., J-G: «Nota a la sentencia del Tribunal de gran instancia de Nanterre, sección primera, de 6 de abril de 1995», GP, 1995, núms. 144-145, págs. 33-36.

Sentencia sobre derecho a la imagen, a la vida privada y al nombre de una persona frente a su publicación en una revista deportiva. (ARANDA/SIERRA).

60. M., J-G: «Comentario a la sentencia del tribunal de gran instancia de Creteil de 16 de marzo de 1995, sección primera», GP, 1995, núms. 144-145, págs. 25-28.

Nota a la sentencia citada relativa a la responsabilidad civil de un periódico por retirar una crónica a un periodista independiente. (ARANDA/SIERRA).

61. M., J-G.: «Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de Lión, sección sexta, de 5 de julio de 1994», GP, 1995, núms. 144-145, págs. 36-38.

Comentario a la sentencia citada sobre difamación por la prensa. Atentado al honor. (ARANDA/SIERRA).

62. MAGUIN: «L'enfant et les sortilèges: réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines», RDS, 1995, núm. 11, págs. 75-79. (ARANDA/SIERRA)

63. MARGUÉNAUT: «L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le nom patronymique». RDS 1995, núm. 1, págs. 5-9.

Nota sobre CEDH de 22 de febrero de 1994 sobre el nombre y su uso; la convención europea de derechos del hombre. El patronímico. (ARANDA/SIERRA).

64. MASSARI, I.: «Il cognome di famiglia nella nuova legge tedesca», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 573-580.

Aproximación al Derecho alemán, comparado con el italiano, a propósito de la nueva ley alemana sobre el apellido familiar, tras el impacto de una sentencia sobre el tema, reforzando la igualdad de derechos entre cónyuges. (RDR).

65. MASSIP: «L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée», GP, 1995, núms. 95-96, págs. 2-19.

El autor se propone el estudio de las nuevas disposiciones sobre bioética insertadas en el Cc. Estudia el cuerpo humano, los exámenes genéticos y la identificación de las personas, la filiación, etc. (ARANDA/SIERRA).

66. MÉMETEAU: «Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques», SJ, 1995, núm. 15, I-3838. (ARANDA/SIERRA)

67. PALMERI, G.: «Brevi note a margine del disegno di legge núm. 1792 del 12 gennaio 1994: "Principi di tutela dei diritti dei minori"», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1493-1503. (ARG).

68. PETIT: «Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de París, sección primera, de 1 de febrero de 1995», GP, 1995, núms. 144-145, págs. 22-25.

Nota a la sentencia citada ante el problema de la publicidad lanzada por Benetton: imagen de enfermos de SIDA. (ARANDA/SIERRA).

69. PICOD: «Patrimoine et vie privée». RDS 1994 núm. 43 págs. 594-597.

Nota a la sentencia de la corte de casación 1.^a Civil de 20 de octubre de 1993 sobre la publicación de datos puramente patrimoniales sin alusión a la vida privada y a la personalidad de una persona física. La publicación de estos datos no puede atentar a la intimidad de su vida privada. (ARANDA/SIERRA).

70. DE PIETRO, O.: «Il mutamento di sesso nella legislazione italiana e i suoi riflessi nel diritto matrimoniale canonico», DFP, 1995, núm. I, parte segunda, págs. 335-370.

De la particular situación de conflicto entre el sexo psicológico y el sexo anatómico deriva una nueva concepción del derecho a la identidad sexual, basada en el reconocimiento de la posibilidad de elección de la propia pertenencia sexual. La recepción en el ordenamiento italiano del criterio de la determinación del sexo lleva consigo una serie de consecuencias y conflictos en la relación legislación italiana-ordenamiento canónico, en especial en materia de matrimonio. (ARG).

71. PIRAINO, S.: «Momento individuale e idea sociale nel diritto alla felicità», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1327-1339.

Análisis de la temática referente al derecho a la felicidad, derecho que emerge en el ámbito de la afirmación de los derechos humanos y que reaviva la disputa entre moral y derecho. (ARG).

72. PORTNOI: «Définition légale de la mort nouvelle dérobade du législatif», GP, 1994, núms. 282-284, págs. 10-11.

Definición de la muerte en la ley núms. 24-694 de 29 de julio de 1994 sobre utilización de miembros y productos del cuerpo humano. (ARANDA/SIERRA).

73. RAVANAS: «Le parrinage doit respecter les droits de la personnalité», RDS, 1995, núm. 12, págs. 185-190.

Notas a la sentencia de la corte de apelación de París de 11 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA).

74. ROBERT: «La liberté religieuse», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 629-644.

La libertad religiosa desde el punto de vista individual y colectivo. La libertad religiosa como tradición de la Francia republicana. La situación actual en Francia. (ARANDA/SIERRA).

75. SACCHETTI, L.: «Dal problema della vigilanza sociale a quello della scelta processuale della protezione minorile», DFP, 1995, núm. I, parte segunda, págs. 309-318.

Estudio de las dos proyecciones que posee la acción de los servicios sociales en favor de los menores, una asistencial y otra judicial. (ARG).

76. SCALISI, A.: «Brevi riflessioni su “la libertà di cronaca ed il valor della persona umana”», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1359-1395.

Análisis jurisprudencial de los límites y el conflicto entre la libertad de información y los diversos derechos de la personalidad. (ARG).

77. SCOLARO, S.: «Lo straniero nei servizi di stato civile, anagrafe e leva: problematiche», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1448-1473.

Estudio de la problemática relativa al extranjero (tipos de extranjeros, estado civil, actas de nacimiento, matrimonio, muerte, carnet de identidad...). (ARG).

78. SOEHRING, J.: «Ehrenschtutz und Meinungsfreiheit», NJW, 1994, págs. 2926-2929.

La jurisprudencia del BVerfG sobre la libertad de opinión no es, desde la conocida sentencia de 25 de agosto de 1994 (conocida como la «Soldaten-Beschluß») objeto exclusivo de la discusión política o publicitaria. Después de dicha sentencia se abre un amplio margen a la discusión jurídica por su influencia en el art. 5 de la Ley fundamental alemana. (MPGR).

79. SUDRE: «Chronique d'actualité: Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», SJ, 1995, núm. 6, I, 3823.

Estudio sobre la doctrina y jurisprudencia más reciente en la materia. (ARANDA/SIERRA).

80. SUDRE: «La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le Protocole 11 additionnel à la Convention», SJ, 1995, núms. 21-22, I, 3849. (ARANDA/SIERRA).

81. THOUVENIN: «De l'éthique biomédicale aux lois “bioéthiques”». RTDC 1994, núm. 4 págs. 717-736.

Recurso a la ética para regular las consecuencias del progreso médico. La competencia médica. La relación ética y política. Derechos de la bioética, sus principios generales y las excepciones. (ARANDA/SIERRA).

82. WOOG: «Le caractère confidentiel de la correspondance échangée entre l'avocat et son client», GP, 1995, núms. 102-103, págs. 16-17.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 2.^a, de 7 de noviembre de 1994 sobre el secreto profesional de los abogados. (ARANDA/SIERRA).

3. PERSONA JURIDICA

83. DI BERARDINO, R.: «Scioglimento, estinzione e liquidazione delle associazioni non riconosciute», DFP, 1995, núm. I, parte primera, págs. 61-76.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 19 de agosto de 1992 núm. 9656 sobre asociaciones no reconocidas. (ARG).

84. BIPPUS, B.E.: «Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft», ACP 1995, págs. 13 a 33.

Diversas circunstancias determinan la modificación del número de socios en la sociedad personalista: renuncia, cesión a uno de los otros socios, fallecimiento, etc. En principio tales circunstancias sólo determinan una alteración cuantitativa del número de socios; pero la autora destaca que el cambio puede ser también cualitativo cuando la posición del socio saliente era diferente de la del resto. Ante esta última situación, la doctrina y la Jurisprudencia mayoritarias mantienen la denominada unidad o individualidad de la participación de cada uno de los socios, frente a una opinión doctrinal, defendida por la autora, que admite una diversidad y variedad de participaciones sociales a favor de una misma persona (IGP).

85. DELVAL: «Comentario a la sentencia de la corte de casación, sección primera, de 4 de enero de 1994», GP, 1995, núms. 4-5, págs. 10-11.

Sociedades civiles, participaciones privadas de usufructo; nudas propiedades privadas del derecho de participar en asambleas generales; violación del art. 1844 del Cc. francés. (ARANDA/SIERRA).

86. IZZO, N.: «La Corte costituzionale e il recesso per "necessità" del locatore, per la proroga biennale automatica prevista per il mancato patto in deroga: risolte le perplessità interpretative - nota a C. cost. 8 giugno 1994 núm. 226 (ord), Pret. Pisa 18 aprile 1994 e Pret. Palermo 1.º aprile 1994», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1753-1757. (RDR).

87. RONZANI, P.L.: «L'attuale rilevanza delle Comunità ebraiche italiane e dell'Unione delle Comunità nell'ordinamento giuridico italiano», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1474-1492.

La ley de la comunidad judía italiana y sus entes confesionales. Régimen jurídico de estos entes. Controles sobre su actividad. (ARG)

88. TEDESCHI, M.: «Associazioni ecclesiastiche ed autonomia negoziale», DFP, 1994, núm. 3, parte segunda, págs. 1084-1106.

Análisis del fenómeno asociativo en el ámbito del derecho canónico. (ARG).

89. VALCAVI, G.: «Applicabilità dell'art. 600 c.c. a una fondazione straniera istituita da un testatore italiano», RDC, núm. 2, parte seconda, págs. 171-175.

Observaciones en torno al problema de la capacidad de suceder por testamento de persona extranjera, física o jurídica, según el Derecho internacional privado. (RDR).

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

90. ALIBERT: «La faute inexcusable et l'amélioration de la situation de la victimes». RDS 1994 núm. 33 págs. 470-472.

Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 16 de marzo 1993 sobre responsabilidad civil por accidentes de circulación. (ARANDA/SIERRA).

91. AMMAR: «À quelles conditions le débiteur cédé peut-il opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution des obligations du cédant ou la compensation de sa créance avec la créance connexe cédée?», SJ, 1995, núm. 26, II-22455.

Notas a la sentencia de casación comercial de 8 de febrero de 1994. (ARANDA/SIERRA).

92. ANDRETTA, C.: «Ancora poca chiarezza sulla natura giuridica delle presupposizioni - nota a Cass. 13 maggio 1993 núm. 5460», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3251-3256. (RDR).

93. D'ANGELO, M.T.: «Presupposizione e buona fede - nota a Cass. 3 maggio núm. 5460», GC, 1994, núms. 7-8, págs., 1982-1985. (RDR).

94. D'ANGELO, M.T.: «Risarcimento e rivalsa - nota a Cass. 11 febbraio 1994 núm. 1375», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3170-3173. (RDR).

95. ATIAS: «Les deux visages du dol et l'unité de la qualification», RDS, 1995, núm. 12, págs. 180-182.

Comentario a la sentencia de la corte de casación comercial de 18 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

96. AUCKENTHALER: «Fondement de l'action du mandataire substitué envers le mandant», RDS, 1995, núm. 11, págs. 169-171.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 5 de octubre de 1993. (ARANDA/SIERRA).

97. AYNÏS: «Détermination du prix dans les contrats d'exclusivité: fin d'une impasse». RDS 1995 núm. 8 págs. 122-124.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 29 de noviembre de 1994 sobre contrato en exclusiva de instalación de teléfono. El precio de las prestaciones, referencia a las tarifas en vigor. (ARANDA/SIERRA).

98. BAKER/McKENZIE: «La protection des consommateurs en République Populaire de chine» GP 1995 núm. 81-82 págs. 7-8.

Comentarios a la ley de 31 de octubre de 1993 adoptada por la comisión permanente de la asamblea popular de la República de China, que entró en vigor el 1 de enero de 1994. En ella se definen los derechos fundamentales de los consumidores, las obligaciones y responsabilidades de los agentes económicos implicados en la fabricación de bienes y servicios; las asociaciones de consumidores y la penalización en caso de violación de los derechos del consumidor. (ARANDA/SIERRA).

99. BAKER/McKENZIE: «Mise en oeuvre de regles d'éthique en matière commerciale en République Populaire de Chine». GP 1995 núm. 81-82 págs. 9-10.

Las prácticas comerciales, la protección de la propiedad intelectual, la medida de la ejecución, el daño interés. (ARANDA/SIERRA).

100. BAKER/McKENZIE: «Modifications apportées à la loi suisse sur la protection des consommateurs» GP 1995 núm. 81-82 págs 11-12.

Análisis de las disposiciones legislativas recientemente promulgadas por el parlamento Suizo destinadas a alinear su legislación con la europea en lo relativo a la protección de los consumidores. (ARANDA/SIERRA).

101. BAKER/McKENZIE: «Protection des produits pharmaceutiques en la République Populaire de Chine». GP 1995 núm. 81-81 págs. 17-18.

Comentario a la ley sobre los productos farmacéuticos. (ARANDA/SIERRA).

102. BANDRAC: «Les tendances récentes de la prescription extinctive en Droit français», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 359-377.

La polémica francesa sobre el fundamento de la prescripción extintiva. Tendencia por reforzar sus principios en las diversas ramas del derecho civil. Intento por aligerar su régimen jurídico. (ARANDA/SIERRA).

103. BARBIER, J.D.: «Sommaires annotés de la cour de casation», GP, 1995, núm. 55-56, págs. 17-19.

Comentarios a varias sentencias de la corte de casación francesa sobre arrendamientos comerciales. (ARANDA/SIERRA).

104. BARBIER, J.D.: «Le délais de fortclusion d'action en fixation de l'indemnité d'éviction n'est pas suspendu par une procédure parallèle», GP, 1995, n.º 55-56, págs. 15-16.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 3.^a, de 20 de julio de 1994 sobre arrendamientos de locales de negocio. (ARANDA/SIERRA).

105. BARBIER, J.D.: «À défaut d'action des parties deux ans après la date de renouvellement, le bail est reconvoqué à l'ancien pris», GP, 1995, núms. 55-56, págs. 16 ss.

Comentario a la sentencia de casación, sección 3.^a, sobre arrendamientos comerciales y su renovación por aceptación implícita. Prescripción de la acción de fijación del precio. (ARANDA/SIERRA).

106. BARBIER, J.D.: «Originalité et banalité du congé pour construire ou reconstruire encours de bail», GP, 1995, núm. 55-56, págs. 9-13.

Motivo de la suspensión: la construcción o reconstrucción. El control del motivo. El derecho de indemnización por evicción. El mantenimiento del lugar o la indemnización. El derecho de retorno al propio edificio. (ARANDA/SIERRA).

107. BARBIER, J.D.: «Des époux divorcés doivent rester tous deux immatriculés au registre du commerce», GP, 1995, núm. 55-56, pág. 14.

Nota a la sentencia de casación, sección 3.^a, civil de 1 de junio de 1994. Sobre arrendamientos comerciales. Su inscripción en el Registro mercantil. (ARANDA/SIERRA).

108. BARBIER: «Bail à périodes et départ du locataire», GP, 1994, núms. 285-286, págs. 27-28.

Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de Créteil de 26 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

109. BARBIER: «La renonciation du locataire évincé au maintien dans les lieux». GP 1994 núm. 285-286 págs. 8-9.

Nota a las sentencias de la Corte de Casación sala 3.^a de 13 de julio de 1994. (ARANDA/SIERRA).

110. BARENGHI, A.: «A proposito della forza maggiore», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 365-379.

Revisión, con ocasión de la obra Paul-Henri Antonmattei, de la figura de la fuerza mayor, desde un tratamiento general de sus manifestaciones en el Derecho privado francés.

La fuerza mayor estudiada a través de la calificación de su concepto, funciones, eficacia y aplicaciones. (RDR).

111. BAUMANN H.: «Die deliktische Außenhaftung des Arbeitnehmers in der Privat- und Verfassungsrechtsordnung», BB, 1994, págs. 1300-1307.

El autor, tomando en cuenta la última jurisprudencia, trata de la responsabilidad de los empresarios frente a los terceros que no forman parte de la relación laboral. En el fondo subyacen las iniciativas prelegislativas y judiciales relativas a cuestiones fundamentales sobre el límite de la responsabilidad empresarial. (MPGR).

112. BEIGNIER: «*Taedium vitae (suicide conscient et assurance de personnes)*». RDS 1995 núm. 3, págs. 42-47.

Nota sobre CA Versailles de 3 de febrero de 1994 sobre el suicidio y el seguro de vida. El seguro de vida no produce efectos si el asegurado se quita voluntaria y conscientemente la vida en los dos primeros años de contrato. (ARANDA/SIERRA).

113. BELLANOVA, L.: «*Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del I comma dell'art. 1667 c.c.*», CI, 1994, núm. 2, pág. 588 ss.

Se analizan las acciones que el art. 1667 del Código civil italiano le otorga al comitente desde la perspectiva de una garantía impuesta al contratista. (GD-PG).

114. BÉNAC-SCHMIDT: «*La retractation du promettant dans une promesse unilatérale de vente d'immeuble*». RDS 1994 núm. 36 págs. 507-509.

Notas a la sentencia de casación 3.^a Civil de 15 de diciembre de 1993 sobre ventas. Promesa de venta. Promesa unilateral. El retracto. La obligación de hacer. (ARANDA/SIERRA).

115. BILLIAU: «*Régime de la preuve d'une garantie autonome*», SJ, 1995, núm. 12, II-22397.

Nota a la sentencia de casación comercial de 10 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA).

116. BOCCARA: «*Procédures collectives et contrats en cours: Loi de réforme du 10 juin 1994*», LC, 1994, núm. 8-9. (ARANDA/SIERRA).

117. BOCCARA: «*De la charge de l'indemnité d'éviction en cas de vente de l'immeuble*», SJ, 1995, núm. 10, II-22390.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 27 de octubre de 1993. (ARANDA/SIERRA).

118. BOCCARA: «*Clause résolutoire et résiliation judiciaire: l'option et le cumul?*», SJ, 1995, núm. 8, II-22380.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 4 de mayo de 1994. (ARANDA/SIERRA).

119. BÖHMER, M.: «*Die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*», JZ, 1994, págs. 982-990.

El artículo trata de un problema fundamental en el Derecho alemán de sociedades, como es el de averiguar cuál es el fin de una sociedad civil y especialmente qué constituye la comunidad de fin exigida por el § 705 del BGB. (MPGR).

120. BOULLEZ: «*Le garantie des vices: la part maudite de la jurisprudence*» GP, 1994, núm. 308-309, págs. 2-10.

El autor intenta aclarar la confusión existente entre el error, el defecto de conformidad sobre el objeto del contrato, y la garantía de vicios ocultos. (ARANDA/SIERRA).

121. BRAUDO: «*Propos sur la médiation en matière civile*», GP, 1995, núm. 104-105, págs. 2-5.

La mediación judicial en el Derecho francés. Análisis del sometimiento de la figura a los principios del proceso civil. Problemática que plantea. (ARANDA/SIERRA).

122. BRAULT, Ph.: «La resiliation du bail dans le cadre du redressement et de la liquidation judiciaire (art. 3-1 et 10 du décret du 30 septembre 1953)», GP, 1995, núms. 55-56, págs. 2-6.

El derecho de resolución anticipada del administrador o del mandatario liquidador. La resolución del arrendamiento al requerimiento del arrendador. (ARANDA/SIERRA).

123. BRAULT: «Comentarios a diversas sentencias de cortes y tribunales franceses sobre arrendamientos comerciales», GP, 1995, núm. 55-56, págs. 20-24. (ARANDA/SIERRA).

124. BRAULT: «Sur la mise en oeuvre de la pénalité de 1% encourue par le preneur a près consignation de l'indemnité d'éviction et l'incidence du délai impartí au bailleur pour notifier un repentir». GP 1994, núm. 285-286, págs. 10-11.

Comentario a la sentencia de casación civil, sala segunda de 7 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

125. BRAULT: «La résiliation anticipée du bail commercial à l'instigation de l'administrateur ou du liquidateur», LC, 1995, núm. 5.

Estudio a propósito de la modificación que el art. 37 de la ley de 25 de enero de 1985 ha sufrido con la ley de 10 de junio de 1985. (ARANDA/SIERRA).

126. BREBAN: «Les biotechnologies, la protection de l'homme et de son environnement», GP, 1995, núms. 111-112, págs. 11-13.

Desarrollo de la genética como consecuencia del desarrollo de la biotecnología. Legislación aplicable a la materia: 2 directivas de la Unión europea de 1990. Gestión del derecho a la información. (ARANDA/SIERRA).

127. BRIÈRE DE L'ISLE/DE RUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 504-512.

Anotaciones a sentencias sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y el de locales comerciales. (ARANDA/SIERRA).

128. BRIÈRE DE L'ISLE/DE RUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 308-313.

Anotaciones a sentencias sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y el de locales comerciales. (ARANDA/SIERRA).

129. BRIÈRE DE L'ISLE/DE RUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 108-117.

Anotaciones a sentencias sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y el de locales comerciales. (ARANDA/SIERRA).

130. BROUSSOLLE: «Le principe de la liberté contractuelle n'est garanti para aucune norme de valeur constitutionnelle», SJ, 1995, núm. 13, II-22404.

Comentario a la decisión 94-348 DC de la corte constitucional de 3 de agosto de 1994. (ARANDA/SIERRA).

131. BRUN: «Condition de la révision et effet de la révocation d'une donation avec charge consentie à une commune», SJ, 1995, núm. 10, II-22387.

Notas a la sentencia de casación civil, sección 1, de 6 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

132. BUCCINI, R.: «In tema di accordo tra contraenti - nota a Cass. 22 marzo 1993 núm. 3378», GC, 1994, núms. 7-8, págs. 1, 1999-2003. (RDR).

133. BUCCINI, R.: «Cessione del contratto e compromesso arbitrale - nota a Cass. 16 febbraio 1993, núm. 1930», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2334-2339. (RDR).

134. BUONOCORE, V.: «Contratti del consumatore e contratti d'impresa», RDC, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 1-41.

Estudio de la relación entre empresa y consumidor desde el principio de tutela del consumidor, en el marco de los contratos y la fase precontractual.

Incidencia de la legislación contractual del Codice civile en la disciplina especial de la tutela del consumidor y el sistema de protección del contratante débil. (RDR).

135. BUREAU: «Remarques sur la codification du droit de la consommation». RDS 1944 núm. 35 págs. 291-297.

Las medidas adoptadas. Los destinatarios de la codificación. Los consumidores, los juristas. Modalidades de la codificación. Obligación contractual y contrato de consumo. Derecho de obligaciones y derecho de consumo. (ARANDA/SIERRA).

136. BURGARD, U.: «Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation», ACP 1995, págs. 74-136.

La doctrina sobre la eficacia de la declaración de voluntad recepticia tiene una evidente relación con el desarrollo de los medios de comunicación. Las posibilidades se han multiplicado, lo que sin duda afecta a cuestiones sobre el momento de la declaración, emisión, recepción y (o posibilidad de) conocimiento. El autor examina los postulados tradicionales y la interpretación que en la doctrina se ofrece para el parágrafo 130 BGB (declaración de voluntad entre ausentes) para contrastar su aplicabilidad cuando se utilizan cualquiera de los medios o redes de información que nos ofrece hoy la técnica (IGP).

137. CALAIS-AULOY: «Les délits à grande échelle en droit civil français», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 379-403.

Soluciones a los daños producidos a gran escala debido al desarrollo social y al consumo. La reparación de los perjuicios individuales y múltiples. La protección del interés colectivo lesionado por este tipo de delitos: acción civil ejercida por asociaciones. (ARANDA/SIERRA).

138. CARBONNEL: «Les vicissitudes d'une transformation de locaux en Ile-de-France», RDim, 1994, núm. 3, págs. 395-406.

Construcción de locales. Régimen jurídico aplicable al cambio de destino. (ARANDA/SIERRA).

139. CARDARELLI, P.: «La conclusione del contratto mediante telefax», CI, 1994, núm. 1., pág. 53 ss.

Se plantea, entre otros, el problema de la validez de un contrato concluido mediante el telefax y el principio ¿absoluto? de la libertad de forma. (GD-PG).

140. LO CASCIO, G.: «Sull'interesse ad impugnare la vendita immobiliare fallimentare a trattativa privata - nota a Cass. 16 marzo 1994 núm. 2510», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2224-2227. (RDR).

141. CASTRONOVO, C.: «Danno alla salute e infortuni. La Corte costituzionale e i diritti secondi (Nota a Corte cost. 17 febrero 1994, núm. 37)», FI, 1995, núm. 1, I, págs. 84 ss.

Se analiza el problema de considerar los accidentes laborales como figura especial del daño a la salud dentro del Derecho privado. (GD-PG).

142. CAVALLO, L.: «Sulla forma del patto di interessi superiori alla misura legale - nota a Cass. 6 novembre 1993 núm. 11020», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2296-2302. (RDR).

143. CECCHERINI, G.: «Contratto di "leasing", clausole vessatorie e buona fede», GC, 1994, núms. 7-8, págs. II, 395-414.

Anotaciones, con ocasión de un reciente pronunciamiento de la Corte de casación, respecto a la buena fe y extensión de la nulidad de cláusulas de naturaleza vejatoria o abusiva de un contrato de leasing financiero, considerando la Directiva del Consejo de Europa núm. 93/13 CEE del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas. (RDR).

144. CEDRAS: «Le dol éventuel: aux limites de l'intention», RDS 1995, núm. 3, págs. 18-20.

El dolo eventual y su empleo en el antiguo y en el nuevo Código Penal. (ARANDA/SIERRA).

145. CEPPI, F.: «Consenso viziato, lesione e abuso della controparte», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 453-478.

Información doctrinal y judicial respecto de los vicios de la voluntad y sus efectos en el ámbito contractual: incapacidad, violencia, error y dolo. La aplicación de la acción rescisoria: presupuestos. (RDR).

146. CERVALE, M. C.: «La garanzia per i vizi della cosa venduta tra disciplina codicistica ed autonomia delle parti», GC, 1994, núm. 12, págs. II, 633-641.

Reflexión en torno al régimen de los contratos en masa y las garantías por vicios de la cosa vendida. Relación entre el régimen de las normas civiles y el principio de autonomía privada. (RDR).

147. CHAPRON: «Observations sur la réception des travaux», RDI, 1995, núm. 1, págs. 7-16.

Elementos que condicionan la recepción de la obra: voluntad de recibir por el comitente; aceptación tácita de la obra por la recepción. Elementos indiferentes para la aceptación: estado de la obra y reservas. (ARANDA/SIERRA).

148. CHARTIER: «Le délai de prorogation de la mission des arbitres», RDS 1994, núm. 36, págs. 506-507.

Nota a la sentencia de casación 2.^a Civil de 1 de junio de 1994 sobre arbitraje. Convención de arbitraje. Los árbitros. Acuerdos de las partes. (ARANDA/SIERRA).

149. CHARTIER: Photocopie d'une reconnaissance de dette retenue comme commencement de preuve par écrit d'un contrat de prêt», SJ, 1995, núm. 13, II-22402.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 1, de 14 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA).

150. LA CHINA, S.: «L'arbitrato interno ed internazionale», RTDPC, 1994, núm. 1, pág. 339 ss.

Estudia las reformas que ha introducido la nueva Ley de 5 de enero de 1994, núm. 25 sobre el arbitraje y su incidencia en la jurisprudencia de la Corte de Casación. (GD-PG).

151. CHINÈ, G.: «Le eccezioni processuali nei rapporti tra debitore ceduto e factor - nota a Trib. Roma 28 febbraio 1994», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 2031-2034. (RDR).

152. CHIONNA, V.V.: «Il contratto di assicurazione contro i danni con «clausola di vincolo» tra assicurazione per conto altrui e assicurazione a favore di terzo», RDC, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 95-108.

Apuntes de reflexión en torno a la sentencia 8 aprile 1993. Tribunale di Bari, referente al contrato de seguro efectuado por cuenta de otro y en favor de tercero, y los

problemas que pueden surgir con ocasión de la pluralidad subjetiva de los aseguradores y las finalidades perseguidas. (RDR).

153. CIACCIA, A.: «Esecuzione forzata nei confronti degli enti locali e impignorabilità di somme presso la banca tesoriere», BBTC, 1994, V, parte seconda, págs. 589-594.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Avezzano de 14 abril 1993, en que se resuelven problemas de carácter procesal relativos a la ejecución forzosa de bienes depositados en prenda, originados cuando el derecho del acreedor entra en conflicto con el interés público que comporta el pago de los impuestos. (CJD).

154. CLAY: «Quand vice cache et défaut de conformité coexistent». RDS 1994 núm. 39 págs. 546-550.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 16 de junio de 1993 sobre la venta y sus garantías. Los vicios ocultos. La falta de conformidad con el objeto y la acción redhibitoria y la responsabilidad contractual. (ARANDA/SIERRA).

155. COCO, G. S.: «La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale - nota a C. cost. 27 ottobre 1994 núm. 372», GC, 1995, núm. 4, págs. I, 887-894. (RDR).

156. COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 167-174.

Anotaciones a sentencias sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y el de locales comerciales. (ARANDA/SIERRA).

157. COMANDÈ, G.: «Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto» CI, 1994, núm. 2, pág. 870 ss.

Se enjuicia la idoneidad del artículo 2059 del Código civil para afrontar el problema del resarcimiento del daño no patrimonial. (GD-PG).

158. CORSETTI, A.: «In tema di danno causato da liberi professionisti: brevi cenni su giudicato esterno e rapporto di servizio con la PA - nota a Cass., sez. un., 11 aprile 1994 n. 3358», GC, 1995, núm. 3, págs. I, 797-799. (RDR).

159. COSTANZA, M.: «Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori», GC, 1994, núm. 10, págs. II, 543-548.

Revisión de la disciplina de las condiciones generales de los contratos estipulados con consumidores, relacionando la Directiva CEE 12 junio 1993 con el Cc. 1942 y las decisiones de los tribunales. (RDR).

160. COSTANZA, M.: «Sull'autorizzazione ad emettere ricevute bancarie - osservazione a Cass, 6 agosto 1994 n. 7313», GC, 1995, núm. 1, págs. I, 148-149. (RDR).

161. COSTANZO, P.: «Sulla valutabilità del comportamento dovuto in sede di interpretazione del contratto - nota a Cass. 23 dicembre 1993 n. 12758 e Cass. 3 luglio 1993 n. 7299», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1928-1938. (RDR).

162. COSTANZA, M.: «Fideiussione bancaria con doppia garanzia - nota a Cass. 15 luglio 1994 n. 6686», GC, 1995, núm. 1, págs. I, 158-160. (RDR).

163. COURET: «Convention de portage et pacte léonin». RDS 1994 n.^o 35 págs. 503-504.

Notas a la sentencia de casación de 24 de mayo de 1994 sobre el certificado de aptitud para la profesión de abogado. El abogado de empresa. La empresa como entidad de finalidad económica. (ARANDA/SIERRA)

164. COURET/SENTENAC: «De l'intérêt des clauses de non-concurrence dans les cessions de titres». RDS 1994 núm. 33 págs. 466-470.

Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de París 8.^a sección A. de 8 de marzo de 1994. Sobre venta; evicción, cesión de empresa y competencia desleal. (ARANDA/SIERRA).

165. CRISCUOLI, G.: «Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto d'assicurazione», RTDPC, 1994, núm. 4, pág. 1179 ss.

A través del comentario a una sentencia de la Corte de casación italiana de 20 de noviembre de 1990, n. 11206 (en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, c. 1929 s.), se analiza la medida de la diligencia precontractual específicamente exigida a las partes contratantes en el campo de los contratos de seguros. El estudio se hace mediante una comparación de las legislaciones italiana, francesa, española y especialmente con la ley belga de 25 de junio de 1992 y el sistema acogido por el *common law*. (GD-PG).

166. CRISTOFARO, M. DE: «Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 567-616.

Estudio del incumplimiento como presupuesto de la demanda de cumplimiento, de resolución y de resarcimiento del daño, y la cuestión de la atribución de la carga de la prueba bajo diferentes criterios, según el *petitum* y la causa *petendi* de demanda. Diferencias según el tipo de incumplimiento, clase de obligación (positiva o negativa) y circunstancias que inciden en el incumplimiento. (RDR).

167. D.: «Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de Nanterre, sección primera A, de 1 de marzo de 1995», GP, 1995, núms. 144-145, págs. 19-21.

Nota a la sentencia citada sobre contratos entre abogado y clientes. Contratos sinalagmáticos. (ARANDA/SIERRA).

168. DAGORNE-LABBE: «Ne s'analyse pas en une clause pénale la somme représentant la contrepartie d'un préjudice déjà réalisé et constituant une avance sur des dommages-intérêts à fixer», SJ, 1995, núm. 9, II-22384.

Notas a la sentencia de casación comercial de 5 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

169. DAGORNE-LABBE: «La mise en oeuvre et la transmission à ses héritiers du droit à résolution du créditentier». RDS 1995 núm. 10 págs. 152-154.

Notas a la sentencia de casación 1.^a Civil de 15 de junio de 1994 sobre resolución de crédito y transmisión del derecho a los herederos. (ARANDA/SIERRA).

170. DAGORNE-LABBE: «Le caractère non indemnitaire de l'allocation comsatrice tierce personne». RDS 1994, núm. 33, págs. 461-462.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 19 de enero de 1994 sección 2.^a sobre responsabilidad civil sobre los accidentes de circulación. (ARANDA/SIERRA)

171. D'ANTONA, M.: «Le fonto private. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporto di lavoro», FI, 1995, núm. 2, V, págs. 29 ss. (GD-PG).

172. DELVOLVE: «Le droit a l'arbitre», GP, 1995, núms. 104-105, págs. 8-14.

Evolución histórica del arbitraje. Sus inicios en 1843 cuando la corte de casación francesa lo reconoció formalmente. (ARANDA/SIERRA).

173. DERLEDER, P.- MEYER, T.: «Delikthftung für Werkmängel», ACP 1995, págs. 137-170.

La responsabilidad contractual del vendedor en caso de daños causados por vicios ocultos no ha impedido a la jurisprudencia alemana el recurso a las normas de responsabilidad extracontractual, si bien sigue discutiéndose la justificación dogmática de esta actitud. Partiendo de esta premisa, se plantean los autores la posibilidad de utilizar igualmente la vía extracontractual cuando el daño proceda de la defectuosa ejecución de un arrendamiento de obra o de servicios; además se examinan las pretensiones que en tal caso puedan derivarse de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos (ProdHG). (IGP).

174. DIENER: «À propos d'une pretendue absence de cause». RDS 1994 núm. 43 págs. 347-351.

Las causas de las obligaciones y las causas del contrato. La inexistencia del contrato o la nulidad por ausencia de causa. (ARANDA/SIERRA).

175. DJIGO: «Garantie du fait du colocataire», SJ, 1995, núm. 11, II-22391.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3.^a, de 16 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

176. DOGLIOTTI, M.: «Televisioni private, programmazioni da computer e diritti d'autore - nota a Trib. Napoli 19 novembre 1993», GC, 1995, núm. 1, págs. 1, 285-292. (RDR).

177. DORSNER-DOLIVET: «SIDA et responsabilité des cliniques», SJ, 1995, núm. 7, I, 3824.

La responsabilidad de las clínicas privadas por transfusión de sangre contaminada del virus y contagio a enfermos. (ARANDA/SIERRA).

178. DRYGALA, T.: «Wohnungsmietverträge als Haustürgeschäft» NJW, 1994, págs. 3260-3266.

La aplicabilidad de la Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (HaustürWG) a los contratos de arrendamiento de viviendas es ampliamente discutida. A esta cuestión ha respondido afirmativamente el OLG de Koblenz en una reciente decisión. En el artículo el autor explica con interesantes argumentos las razones por las que se puede mantener la opinión contraria. (MPGR).

179. EBENE, C.: «Donazioni», RDC, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 193-200.

Revisión de la figura de la donación: causa, forma, perfección del contrato, revocación, tipos, etc. Notas bibliográficas y decisiones judiciales. (RDR).

180. EMILIOZZI, E. A.: «La donazione indiretta», GC, 1994, núm. 9, págs. II, 423-431.

Análisis de la donación indirecta e individualización de su objeto. Teoría de la reconducibilidad del negocio mixto con donación al ámbito de la figura atípica de este tipo de donación. (RDR).

181. ERNST, W.: «Kernfragen der Schuldrechtsreform», JZ, 1994, págs. 801-809.

El Deutsche Juristentag recoge el tema de la reforma del Derecho de Obligaciones en un punto en el que en la discusión académica se han aceptado ya algunas de las

cuestiones del Proyecto de la Comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones del año 1992. Hasta el momento, falta una toma de posición sobre las principales cuestiones relativas al incumplimiento. El artículo desea cubrir esa laguna y al mismo tiempo contribuye al enjuiciamiento del Proyecto redactado por la Comisión. (MPGR)

182. ERNST, W.: «Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform», NJW, 1994, págs. 2179-2181.

El Informe Final de la Comisión para la Reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania ha renovado viejas controversias. Frente a algunas propuestas de dicho informe, el autor del presente artículo aboga por una «depuración» de los proyectos de reforma y por su inserción en un proceso de armonización jurídica europea e internacional. Para ello se podrían aprovechar algunas propuestas reelaboradas del Informe Final. (MPGR).

183. FABRE/SCHMITT: «Le nouvel article 1799-1 du code civil. La garantie de paiement des entrepreneurs», RDI., 1994, núm. 3, págs. 347-360.

Obligación del dueño de la obra. Beneficiarios del art. 1799-1.º. Garantías para cumplir la obligación: pago directo en moneda; fianza solidaria. Sanción en defecto de garantía. (ARANDA/SIERRA).

184. FABRE/SCHMITT: «Garantie de paiement des entrepreneurs», RDI, 1995, núm. 1, págs. 17-25.

El decreto 94-999 de 18 de noviembre de 1994. Àmbito de aplicación. Precio convenido en el mercado. Garantía pactada sobre el préstamo. Fianza solidaria. Sanción por falta de garantía. (ARANDA/SIERRA).

185. FERRARI, F.: «La rilevanza degli usi nella Convezione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili», CI, 1994, núm. 1, pag. 239 ss.

Se plantea el problema de la falta de codificación de las prácticas y usos comerciales en el convenio de Viena y los límites al reenvío a los usos que hace el legislador para la interpretación e integración de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. ¿Encuentran los usos aplicación sólo en defecto de disposiciones específicas en el Convenio o incluso pueden prevalecer respecto a éstas? (GD-PG).

186. FERRARI, F.: «L'ambito di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale», RTDPC, 1994, núm. 3, pag. 893 ss.

Estudio, desde la perspectiva mercantilista, sobre la delimitación de la eficacia y ámbito de aplicación del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 y su relación con el Convenio de la Haya de 1964. (GD-PG).

187. FIASCHETTI, E.: «Revoca della concessione al committente da parte della p.a. e recesso ad nutum per impossibilità sopravvenuta - nota a Cass. 7 agosto 1993 núm. 8565», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3246-3248. (RDR).

188. FOSSEREAU: «La garantie de parfait achèvement n'exclut pas l'application de la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée», SJ, 1995, núm. 16-17, II-22416.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 22 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA).

189. FOURNIER: «Un débat relancé: l'opposabilité aux tiers d'un pacte de préférence publié», RDS, 1994, núm. 34, págs. 486-478.

Publicidad registral. Promesa unilateral de venta. (ARANDA/SIERRA).

190. FRANZONI, M.: «La responsabilità del progettista di opere pubbliche», *CI*, 1994, núm. 2, pág. 817 ss.

Reflexiones acerca de la responsabilidad de los ingenieros a raíz de la nueva ley de 11 de febrero de 1994, núm. 109 «ley cuadro in materia de obras públicas» llamada «Ley Merloni». (GD-PG).

191. FRONTINI, G.: «Prescrizioni brevi e necessaria identità tra illecito penale e civile ex art. 2947, comma 3, c.c., in generale e con riguardo ai rapporti tra azione di responsabilità contro gli amministratori ex art. 146. l. fall. e bancarotta fraudolenta - nota a Cass. 13 aprile 1994 núm. 3430», *GC*, 1994, núm. 11, págs. 1, 2861-2865. (RDR).

192. FÜHRICH, R.: «Das neue Reiserecht nach der Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie», *NJW*, 1994, págs. 2446-2451.

La modificación del derecho de viajes a través de la Directiva de viajes combinados provoca en la práctica importantes modificaciones en el Derecho contractual de viajes. No sólo las condiciones generales impuestas por el organizador del viaje han de acomodarse al nuevo Derecho, sino también es preciso que se acomode a él la información que ha de aparecer detallada en un prospecto y en el perfeccionamiento del contrato de viaje. El artículo toma como pretexto la reciente ley de trasposición de la Directiva de viajes combinados en Alemania para mostrar sus novedades y sus efectos en el Derecho de viajes. (MPGR).

193. GABRIELLI, G.: «La vendita con riserva della proprietà nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata», *RDC*, núm. 1, parte seconda, págs. 1-15.

Breve análisis de la función de garantía de la reserva del dominio, y la admisibilidad y eficacia de la resolución a iniciativa del vendedor, tras la situación de quiebra del comprador y el control de la administración. (RDR).

194. GANDOLFI, G.: «Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa», *RDC*, 1995, núm. 2, parte prima, págs. 203-214.

Reflexión en torno al concepto de obligación ante los trabajos preparatorios de un «Código europeo de contratos», para la funcionabilidad del mercado interno europeo. (RDR).

195. GANDOLGI, G.: «Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano», *RTDPC*, 1994, núm. 4, pág. 1155 ss.

Se analizan las posturas que tomaron los civilistas europeos en el Congreso de Zaragoza del 15-18 de noviembre de 1993 sobre la reforma y unificación del Derecho contractual en Europa. El autor llega a la conclusión de que el actual Libro IV del Código civil italiano aporta un modelo de ejemplar validez y modernidad, sobre todo a nivel europeo, para afrontar los problemas socio-económicos actuales. (GD-PG).

196. GAUMONT-PRAT: «De la nécessité de la bonne foi dans l'exécution du pacte de préférence». *RDS* 1995 núm. 8 págs. 128-132.

Nota a la sentencia CA París de 22 de enero de 1992 sobre contrato de edición y derecho preferente. Obligación y liberación. Condiciones inaceptables. La buena fe. (ARANDA/SIERRA).

197. GAZZARA, M.: «Crediti speciali, prestito a consegna differita e consensualità del mutuo», *BBTC*, 1995, III, parte prima, págs. 335-348.

Valoraciones teóricas sobre la naturaleza del mútuo consensual. Gratuidad y onerosidad en el contrato de mútuo. El préstamo con usura. (CJD).

198. GHESTIN: «Arrêts Alcatel: revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix», SJ, núm. 5, 1995, II, 22371.

Comentario a dos sentencias de la corte de casación francesa, orden civil, sección 1.^a, de 29 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

199. GHESTIN: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», SJ, 1995, núm. 9, I-3828.

Notas sobre la evolución doctrinal y jurisprudencial en la materia. (ARANDA/SIERRA).

200. GHESTIN: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», SJ, 1995, núm. 18, pág. I, 3843. (ARANDA/SIERRA).

201. GHESTIN: «Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers», RTDC, 1994, núm. 4, págs. 777-800.

Estudio a propósito de un trabajo realizado por el autor y la crítica de Aubert. Concepto de parte en el contrato: en el momento de la formalización y en el de la ejecución. El concepto de terceros. (ARANDA/SIERRA).

202. GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE: «Aperçu rapide sur la loi núm. 95-96 du 1er. février 1995 en ce qu'elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats», SJ, 1995, núm. 12 actualidad. (ARANDA/SIERRA)

203. GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE: «L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi núm. 95-96 du 1er. février 1995», SJ, 1995, núm. 25, I, 3854. (ARANDA/SIERRA).

204. GIAMPIETRO, F.: «Responsabilità per danno all'ambiente: l'Italia tra la Convenzione di Lugano e il libro verde dell'Unione Europea», GC, 1995, págs. II, 99-106. (RDR).

205. DI GIOVANNI, F.: «Sulla risarcibilità "iure hereditario" del danno da uccisione (spunti per una riflessione sulle concezioni del "danno")», RTDPC, 1995, núm. 1, pág. 75 ss.

Se estudia la asimilación que jurisprudencialmente están sufriendo los conceptos de «daño resarcible» y «lesión de la salud» que conduce a la idea de que la noción de «daño biológico» ha sido formulada para superar las ficciones doctrinales que se habían creado para establecer los viejos criterios de valoración del daño a la persona. Se trata el problema de la resarcibilidad del *iure hereditario* del daño biológico por la muerte de la víctima mediante la imputación del momento mismo de la muerte a la vida de la persona (*monumentum mortis vitae tribuitur*) o bien individualizando un momento, aunque fugaz e infinitésimo, en el que el ilícito deba considerarse sufrido por la víctima que adquirirá el derecho al resarcimiento y lo transmitirá a sus herederos. (GD-PG).

206. GIVERDON: «Requête à fin de désignation d'un administrateur provisoire de copropriété en difficulté», LC, 1995, núm. 1. (ARANDA/SIERRA).

207. GRIDEL: «La valeur du témoignage en droit civil», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 437-460.

Razones por las que la prueba testifical suscita desconfianza y sospecha. La recepción del testimonio y la ley civil: dispensas e incapacidades. El testimonio y el juez: función de esta prueba en el ámbito judicial. (ARANDA/SIERRA).

208. GRIGOLI, M.: «Sulla qualificazione del contratto di ormeggio - nota a Cass. 21 ottobre 1994 núm. 8657», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3061-3062. (RDR).

209. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», RDI., 1995, núm. 1, págs. 112-123.

Jurisprudencia francesa sobre el contrato llave en mano y la reserva de compra. (ARANDA/SIERRA).

210. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», RDI., 1994, núm. 1, págs. 60-65.

El contrato preliminar de venta de inmueble. Noción de promotor. Promesa de venta. Notas jurisprudenciales (ARANDA/SIERRA).

211. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», RDI., 1994, núm. 2, págs. 257-262.

El contrato preliminar de venta de inmueble. Noción de promotor. Promesa de venta. Notas jurisprudenciales. (ARANDA/SIERRA).

212. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», RDI., 1994, núm. 3, págs. 462-465.

El contrato preliminar de venta de inmueble. Promesa de venta. Notas jurisprudenciales. (ARANDA/SIERRA).

213. GUARNERI, A.: «Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 799-814.

Observaciones relativas a la cláusula general de tutela de intereses protegidos por el Ordenamiento jurídico, en el sistema de los límites de la autonomía privada, introducida por el artículo 1322.2 del Codice civile de 1942.

Origen, función social, relación con las diferentes ideologías políticas, fascista y republicana, y diferentes lecturas propuestas por la doctrina y la jurisprudencia. (RDR).

214. HAIM: «Le champ d'application des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil est d'ordre public». RDS 1995 núm. 5 págs. 73-76.

Nota sobre CE de 31 de enero de 1994 y 22 de junio de 1994 sobre contratos de empresa. La responsabilidad del constructor; la garantía decenal Responsabilidad contractual: vicios y recepción. (ARANDA/SIERRA).

215. HAMONET Y OTROS: «Concepts de réparation juridique du dommage corporel, de handicap et de readaptation fonctionnelle», GP, 1995, núms. 20-21, págs. 4-7.

Fundamentos antropológicos de la reparación del daño corporal. La identificación de las enfermedades y la identificación del daño corporal y de sus consecuencias. Límites de la metodología médica de identificación de enfermedades. De la reparación del daño a la readaptación y a la reinsertión social, aportación de la noción de handicap. Proposición de nuevos métodos de evolución de consecuencias humanas y sociales de los daños corporales. (ARANDA/SIERRA).

216. HEERMANN, P.W.: «Haftungsbeschränkungen in der BGB-Außengesellschaft», BB, 1994, págs. 2421-2433.

La doctrina jurídica, atendiendo a la jurisprudencia del BGH recaída al respecto, se ha planteado la cuestión de gran importancia práctica, relativa a si y cómo pueden los socios de una sociedad civil limitar su responsabilidad. Aunque tanto el BGH como el BFH se han manifestado repetidamente sobre este tema, quedan aún numerosas cuestiones por resolver que deben ser ordenadas sistemáticamente y encuadradas en el sistema jurídico de la sociedad civil. (MPGR).

217. HENRICH, D.: «Risarcimento dei danni morali nel caso di colposa distruzione dello sperma conservato», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 731-739.

Relación de la normativa italiana con el BGB, en el ámbito del resarcimiento del daño moral por lesión culposa de derechos; en este caso, con ocasión de la destrucción culposa de esperma conservado para una futura inseminación artificial. Su cuestionable consideración como lesión personal o daño de un bien. (RDR).

218. HEUGAS-DARRASPEN: «Commentaire de la loi núm. 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat», *RDIm.*, 1994, núm. 3, págs. 361-388.

La ley sobre alquileres que modifica la ley núm. 86-1290 de 23 de diciembre de 1986. Análisis de la ley por secciones. (ARANDA/SIERRA).

219. HILDENBRAND, Th.: «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis», *NJW*, 1994, págs. 1992-1996.

La llamada «multipropiedad» (el término más usual para referirse a ella es el anglosajón «Time-Sharing», aunque en alemán se utilizan también «Ferienwohnrecht» y «Teilzeiteigentum»), está teniendo éxito como nuevo modelo de contrato para la adquisición de viviendas de vacaciones y, consecuentemente, está adquiriendo cierta relevancia jurídica. A través del análisis de la jurisprudencia alemana recaída sobre estos contratos, el artículo muestra un cuadro general de las estructuras contractuales utilizadas en la práctica para este tipo de acuerdos y trata de averiguar cuál es su conexión con las normas de protección a los consumidores, especialmente con las contenidas en el BGB, en la AGBGesetz (Ley alemana de condiciones generales). Finalmente se abordan los problemas jurídicos que plantean estos contratos en relación con la HaustürWG (Ley alemana de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles) y que se suscitan a raíz de la práctica usual de negociación y celebración de los contratos de «Time-Sharing». (MPGR).

220. IRTI, N.: «Per una lettura dell'art. 1324 c.c.», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 559-566.

Consideraciones relativas al artículo 1324 Cc. y su aplicación normativa en relación con dos materias: los contratos y los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial. (RDR).

221. IZZO, N.: «Inesistenza del diritto al risarcimento del danno in caso di mancata corresponsione dell'indennità di avviamento - nota a Cass. 23 dicembre 1993 núm. 12737, Cass. 29 ottobre 1993 núm. 10784, Cass 21 luglio 1993 núm. 8134, Cass. 8 giugno 1993 núm. 6387, Trib. Roma 12 aprile 1994, Pret. Salerno, sez. Montecorvino Rovella, 4 febbraio 1994», *GC*, 1994, núm. 12, págs. I, 3214-3218. (RDR).

222. IZZO, N.: «La disciplina degli oneri accessori di cui all'art. 9 legge núm. 392 del 1978 e l'inefficacia sopravvenuta dei pregressi patti contrari - nota a Cass., sez. un., 30 marzo 1994 núm. 3132», *GC*, 1994, núm. 11, págs. I, 2888-2890. (RDR).

223. IZZO, N.: «La ripetizione dell'indebito locatizio in caso di vendita dell'immobile locato - nota a Pret. Verona 26 novembre 1994», *GC*, 1995, núm. 3, págs. I, 841-867. (RDR).

224. JACOB «La responsabilité des prestataires de services, spécialement de l'ascensoriste», *GP*, 1995, núm. 162-164, págs. 6-13.

Obligación de medios o de resultado. Los contratos de mantenimiento; obligaciones de las partes. Faltas cometidas. (ARANDA/SIERRA).

225. JACQUIN: «La renovación de los arrendamientos comerciales que comportan una cláusula tipo». *GP* 1994, núm. 285-286 págs. 2-7.

Problemática que comportan a la luz de la legislación y la jurisprudencia existentes. Análisis crítico. (ARANDA/SIERRA).

226. JAYME, E.: «*Cognome e protezione dell'identità della persona*», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 853-862.

Reflexión sobre la importancia del apellido y la protección de la identidad de la persona, con particular consideración de la reciente legislación alemana y apuntes de Derecho internacional privado. Consideración de diversas posibilidades de modificación del apellido, concluyendo con la idea de prevalencia de los derechos de la persona y los valores de identidad sobre los intereses de orden público. (RDR).

227. JEANTIN: «*Observations sur la notion de catégorie d'actions*», RDS, 1995, núm. 12, págs. 88-96. (ARANDA/SIERRA).

228. JÉGOUZO/LAMARQUE: «*Environnement*», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 21-28.

Notas a diversas sentencias sobre medio ambiente y polución. Protección del patrimonio artístico y cultural. Responsabilidad. (ARANDA/SIERRA).

229. JÉGOUZO/LAMARQUE: «*Environnement*», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 411-417.

Notas a diversas sentencias sobre medio ambiente y polución. Protección del patrimonio artístico y cultural. Responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

230. JEOL: «*Une vente en viager déclarant "parfaite" une vente en viager en raison de l'accord intervenu entre les parties sur la chose et sur le prix rend-elle irrecevable une action ultérieure fondée sur la vileté du prix?*» GP 1994 núm. 308-309 págs. 17-21.

Notas a la Sentencia de la Corte de casación de 3 de junio de 1994. Asamblea Plenaria. (ARANDA/SIERRA).

231. JOURDAIN: «*La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime*», RDI, 1995, núm. 1, págs. 51-61.

Teorías actuales sobre la materia. Las condiciones de enriquecimiento de la víctima. Posición jurisprudencial y doctrinal. (ARANDA/SIERRA)

232. JOURDAIN: «*Domaine et conditions d'application de la loi du 5 juillet 1985*», GP, 1995, núm. 169-171, págs. 3-16.

Estudio sobre los resultados de la aplicación de dicha ley durante diez años. Ambito de aplicación: accidentes de circulación (ARANDA/SIERRA).

233. JUNKER, M. «*Der Umfang des einem Zessionar zu leistenden Schadenersatzes wegen Verzuges bei Abtretung vertraglicher Ansprüche*», ACP 1995, págs. 1-12.

La cesión de créditos, en particular la cesión de un crédito dirigido a una prestación de hacer, plantea el problema de determinar los daños y perjuicios de los que ha de responder el deudor cedido en caso de incumplimiento ante el cesionario. El autor se refiere a la indemnización por mora cuando los daños causados al cesionario fueren superiores a los que, hipotéticamente, hubiere sufrido el cedente en el mismo caso. Analiza el principio según el cual la cesión no debe perjudicar al deudor cedido y su reflejo en el BGB, para fijar el límite de la indemnización en el daño que hipotéticamente hubiere podido sufrir el cedente. La prueba incumbe al cesionario (IGP).

234. LACHAUD: «*Nota a la sentencia de la corte de casación de 1 de junio de 1994*», GP, 1995, núms. 39-40, págs. 4-5.

Sobre la instalación de un camping en finca arrendada, la autorización del propietario. (ARANDA/SIERRA)

235. LACHAUD, J.: «Loi du 2 janvier 1995 relative aux prix des fermages», GP, 1995, núms. 39-40, págs. 2-3.

Comentario a la nueva ley de arrendamientos rústicos: motivos, campo de aplicación; reglamentación y puesta en marcha: disposiciones transitorias. (ARANDA/SIERRA).

236. LAMBERT-FAIVRE: «Méthodologie de l'indemnisation du dommage corporel: le prejudice fonctionnel d'agrement et le recours des tiers payeurs» RDS 1994, núm. 36, págs. 516-520.

Nota a la sentencia de CA París de 3 de mayo de 1994 sobre responsabilidad civil (accidentes de circulación). Perjuicio y reparación. El tercero pagador y el recurso de subrogación. (ARANDA/SIERRA).

237. LAMETHE: «De quelques difficultés liées à la prestation de services techniques à l'international». RDS 1994, núm. 42, págs. 341-346.

Definición de prestación de servicios técnicos: el contenido de la prestación y su realización. La aplicación eventual de la convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías (de 11 de abril de 1980). Los límites actuales de la responsabilidad contractual. Algunos aspectos complicados de las reglas del juego. (ARANDA/SIERRA).

238. LAPOYADE DESCHAMPS: «La responsabilité du piéton». RDS 1994, núm. 41, págs. 574-576.

Nota sobre la sentencia de casación 2.^ª Civil de 19 de enero de 1994 sobre la ley de 5 de julio de 1985: su aplicación: la responsabilidad civil por culpa: accidente de circulación y reparación del daño. (ARANDA/SIERRA).

239. LARROUMET: «Nature et mode de réalisation d'un gage-espèces». RDS 1995, núm. 8, págs. 124-127.

Nota a la sentencia de casación com. de 17 de mayo de 1994 sobre compensación de créditos. Arrendamiento-gerencia. Depósito legal. Realización. El daño interés y el juego de las condonaciones. (ARANDA/SIERRA).

240. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 269-277.

Jurisprudencia sobre el seguro de responsabilidad profesional en la construcción. (ARANDA/SIERRA).

241. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 469-477.

Jurisprudencia sobre el seguro de responsabilidad profesional en la construcción. (ARANDA/SIERRA).

242. LIPARI, M.: «Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente (I e II parte)», GC, 1994, núm. 10, págs. II, 495-536.

Análisis doctrinal y jurisprudencial de la relevancia de los vicios jurídicos y materiales de la cosa, en la fase de tratos preliminares del contrato de compraventa. Tutela jurídica del promissario acquirente. (RDR).

243. LIPARI, M.: «Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente (Parte III)», GC, 1994, núm. 11, págs. II, 559-598.

Continuación del análisis de los vicios jurídicos y materiales de la cosa en la fase preliminar del contrato de compraventa. Contraposición de esta fase y la idea de ejecución anticipada. (RDR).

244. LOBATO GÓMEZ, M.: «Il seminario internazionale di Cáceres sull'unificazione del diritto delle obbligazioni in Europa», RDC, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 117-118.

Breve nota informativa. (RDR).

245. LOMBARD: «Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile», GP, 1995, núms. 137-138, págs. 2-10.

Los intereses en caso de indemnización debida: intereses legales desde la emisión de la sentencia. Excepciones. Intereses en caso de condena a cumplir una obligación de pagar una suma de dinero. Capitalización. Plazo de gracia. (ARANDA/SIERRA).

246. LOMBARDI, R.: «In tema di opposizione agli atti esecutivi e di poteri del cessionario di crediti - osservazione a Cass. 1.^o marzo 1994 núm. 2024», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1892-1893. (RDR).

247. MACORIG-VENIER: «Le caractère immobilier du droit du bénéficiaire d'une promesse de vente en possession». RDS 1995, núm. 4, págs. 52-58.

Nota a la sentencia de casación 3.^a Civil de 12 de enero de 1994 sobre la promesa de venta. Entrada en juego de una promesa unilateral: elevación de la opción. (ARANDA/SIERRA).

248. MAJO, A. DI: «Causa e imputazione negli atti solutori», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 781-798.

Reflexión en torno a la temática de la prestación causa solvendi y el sistema abstracto y causalista de la transmisión de bienes o derechos. Crítica al sistema causalista, respecto de los actos solutorios, y presentación de una reconstrucción unitaria de los actos de prestación en el terreno de la causa solvendi, en el cobro de lo indebido y en el enriquecimiento sin causa. (RDR).

249. MALINVAUD: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 453-462.

Contratos celebrados por y entre estos profesionales. Su responsabilidad respecto a la obra. (ARANDA/SIERRA).

250. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 103-112.

Contratos de obra celebrados por y entre estos profesionales. Su responsabilidad respecto a la obra (ARANDA/SIERRA).

251. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 51-59.

Contratos de obra celebrados por y entre estos profesionales. Su responsabilidad respecto a la obra. (ARANDA/SIERRA).

252. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 247-256.

Contratos de obra celebrados por y entre estos profesionales. Su responsabilidad respecto a la obra. (ARANDA/SIERRA).

253. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDI, 1994, núm. 1, págs. 51-59.

Notas a diversas sentencias sobre contrato de obra; subcontratas: recepción de la obra: responsabilidad: etc. (ARANDA/SIERRA).

254. MANGANIELLO, A.: «La disciplina dell'incapacità naturale nell' art. 428 c.c. con riguardo all'annullamento del contratto», GC, 1994, núms. 7-8, págs. II, 369-380.

Reflexiones y críticas al criterio interpretativo de la jurisprudencia respecto al art. 428 Cc., sobre la incapacidad natural como causa de anulación contractual. La necesidad de tener en cuenta, junto a la mala fe, el perjuicio del incapaz. (RDR).

255. MARTIN/RANÇON-CAVENEL: «Date d'effet du congé d'un bail à périodes», SJ, 1995, núm. 8, II, 22382.

Notas a la sentencia del tribunal de gran instancia de Créteil de 26 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

256. MASCALA: «Vers une extension de la garantie des vices cachés: la consécration du vice juridique». RDS 1994, núm. 37, págs. 524-528.

Notas a la sentencia de casación 3.^a Civil de 23 de febrero de 1994 sobre: Ventas. Garantías. Vicios ocultos. Inmuebles. Sistema de sancamiento. Instalación defectuosa e ilícita. Cláusula de no garantía. Oponibilidad. Adquirentes sucesivos. (ARANDA/SIERRA).

257. MAZEAUD: «Tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire», SJ, 1995, núm. 4, II, 22366.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 15 de diciembre de 1993. (ARANDA/SIERRA).

258. MAZZAMUTO, S.: «La trascrizione di atti preparatori del lodo che produce gli effetti del contratto definitivo non concluso», CI, 1994, núm. 2, pág. 471 ss.

Se enjuicia la idoneidad del laudo ritual provisto de *exequatur* para producir los mismos efectos del definitivo que aún no se ha concluido. (GD-PG).

259. MAZZAMUTO, S.: «Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare», CI, 1994, pág. 37 ss.

Estudio de la ley de 2 de enero de 1991 núm. 1 que disciplina la actividad de intermediación mobiliaria y que, en algunos puntos, derogan las normas generales del Derecho contractual restringiendo en buena medida el juego de la autonomía de la voluntad. (GD-PG).

260. MELENNEC: «Pour l'abolition pure et simple des systèmes actuels d'indemnisation de la tierce personne, et pour l'institution d'un régime unique de la dépendance» GP, 1994, núms. 322-323, págs. 1723 ss.

El autor analiza críticamente los tres sistemas de referencia de indemnización por minusvalías: la responsabilidad civil, la seguridad social y el régimen de pensiones de invalidez, y propone un régimen único. (ARANDA/SIERRA).

261. MEMETEAU: «La réforme de la responsabilité médicale et le remontée aux sources du droit civil». GP 1994, núm. 287-288, págs. 2-9.

Conferencia sobre el tema analizando el derecho francés actual. La responsabilidad por falta, construcción de un derecho médico; daños indemnizables y proposiciones legislativas. (ARANDA/SIERRA).

262. MENCHINI, S.: «Note sui rapporti, con riferimento specifico al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, tra l'azione di adempimento contrattuale e quella fondata sulla ricognizione del debito (Nota a Cass. 9 febrero 1994, núm. 1328)», FI, 1995, núm. 3, I, págs. 930 ss. (GD-PG).

263. MEO, G.: «Profili soggettivi dell'invalidità dei contratti di massa», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 509-522.

El tema de los contratos en masa, abordado desde la perspectiva de los sujetos o partes intervinientes, y su problemática reconducción a las tradicionales categorías de contratos bilaterales y plurilaterales.

Tratamiento de la invalidez de sus cláusulas, en relación a su extensión objetiva y subjetiva, y efectos sobre el conjunto de los destinatarios. (RDR).

264. MESSERSCHMIDT, B.: «Das Schuldrechtsänderungsgesetz. Schuldrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet», *NJW*, 1994, págs. 2648-2651.

El Bundestag ha aprobado el 23 de junio de 1994, con el acuerdo del Bundesrat, la Ley llamada de modificación del Derecho de Obligaciones (SchuldRÄndG) que entró en vigor el 1 de enero de 1995 y cuyo eje central lo constituyen las disposiciones sobre la adaptación de las relaciones jurídicoobligatorias de uso sobre bienes inmuebles a la realidad posterior a la unificación alemana. (MPGR).

265. MESTRE: «Cause du contrat et objectif de défiscalisation (clôture d'une controverse non ouverte)», *RDS*, 1995, núm. 5, pág. 34.

Sobre la causa del contrato, en referencia a anteriores artículos en *RTDC* (1994-95) y *RDS* (1994-347). (ARANDA/SIERRA).

266. MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux». *RTDC* núm. 4, págs. 848-887.

Comentarios a varias sentencias sobre obligaciones en general, responsabilidad civil y contratos especiales de venta, arrendamiento y sociedad. (ARANDA/SIERRA).

267. MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux». *RTDC* 1995, núm. 1, págs. 118-148.

Análisis jurisprudencial sobre las fuentes de las obligaciones y la teoría general de las obligaciones. Sobre la responsabilidad delictual y contractual y sus condiciones. Sobre los contratos de venta, mandato, depósito y trabajo. (ARANDA/SIERRA).

268. MIRBEAU-GAUVIN.: «Le remboursement anticipé du prêt en droit français». *RDS* 1995, núm. 7, págs. 46-50.

El reconocimiento del pago anticipado por parte de la ley. La búsqueda de una calificación: un modo de ejecución del contrato; ¿Una culpa? (ARANDA/SIERRA).

269. MISCHKE, W.: «Befristung einer Händlergarantie», *BB*, 1994, págs. 2156-2157.

La conocida sentencia del OLG Köln de 20 de agosto de 1993, trata de importantes cuestiones, tanto para el comerciante como para el consumidor que han concertado una garantía comercial, y especialmente de cuál es el significado que tiene un acuerdo sobre el plazo de garantía así como de la licitud de una garantía que para un concreto defecto cuyo plazo finaliza antes del plazo de la garantía general. (MPGR).

270. MOCCIA, L.: «Promessa e contratto», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 819-852.

Apuntes históricos-comparativos sobre la relación promesa-contrato, en las diversas épocas históricas y a la luz del desarrollo de los modelos culturales de fondo. (RDR).

271. MONACHON DUCHÈNE, N.: «Le garantie à première demande en matière de crédit à la consommation», *GP*, 1994, núm. 357-358, págs. 2-4.

Garantía surgida en el ámbito económico para conseguir seguridad y eficacia. Necesidad de legislar y evitar abusos de derecho. (ARANDA/SIERRA).

272. MONATERI, P.G.: «Responsabilità extracontrattuale: fattispecie», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 699-753.

Síntesis de información bibliográfica y jurisprudencial, y conclusiones sobre el tema de la responsabilidad extracontractual y sus diferentes causas y supuestos. (RDR).

273. MORELLI, M. R.: «La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti - nota a Cass. 20 aprile 1994, núm. 3775», GC, 1994, págs. I, 2168-2173. (RDR).

274. MORENA, E.: «Un caso in tema di comodato immobiliare: l'obbligo di restituzione e la mancata apposizione del termine - nota a Cass. 22 marzo 1994, núm. 2750», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2519-2523. (RDR).

275. MORO, P.: «Pegno irregolare e conto corrente bancario - osservazione ad App. Trieste 2 marzo 1994», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 2026-2027. (RDR).

276. MUSOLINO, G.: «Il «monopolio» del professionista: la nullità del contratto d'opera intellettuale per mancanza di iscrizione all'albo», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 957 ss.

Análisis del régimen jurídico del contrato de arrendamiento de servicios profesionales y su dependencia absoluta de la inscripción del profesional en el registro del Colegio profesional de que se trate. (GD-PG).

277. MUSOLINO, G.: «Tutela del consumatore e appalto immobiliare», CI, 1994, núm. 2 pág. 660 ss.

Análisis del art. 1669 del Código civil sobre la responsabilidad del constructor por los vicios de construcción que inciden profundamente sobre los elementos estructurales o sobre la funcionalidad de la obra. (GD-PG).

278. NANNI, L.: «Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede», CI, 1994, núm. 2, pág. 475 ss.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 20 de abril de 1994 núm. 3775 que acepta definitivamente la buena fe objetiva entre las fuentes de integración del contrato y en particular entre aquellas que permiten inferir en el contrato un margen a las opciones discrecionales de los contratantes. (GD-PG).

279. NATUCCI, A.: «Mancata "assistenza" e annullabilità nella disciplina dei patti in deroga», RDC, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 17-38.

Observaciones en torno al art. 11 de la Ley 8 agosto 1992, núm. 359, sobre arrendamientos urbanos, que introduce la posibilidad de estipular por las partes acuerdos de derogación de la normativa de la ley de 1978, para revitalizar el mercado arrendaticio de viviendas, aunque bajo la condición de contar con la asistencia de las organizaciones sindicales, so pena de anulabilidad. (RDR).

280. NAVARRA, B.: «Osservazioni a Trib. Milano, 6 settembre 1993, in tema di efficacia liberatoria della restituzione dell'originale della lettera di fideiussione», BBTC, 1994, V, parte seconda, págs. 529-531.

Comentario a una sentencia en que el Tribunal de Milán niega que el acto por el que el acreedor devuelve al fiador el documento negocial en que se acuerda la garantía personal produzca el efecto de liberar de la obligación de garantía, salvo pacto expreso en contrario. (CJD).

281. NERAC-CROISIER: «Soliloque sur la responsabilité du transporteur de personnes». RDS 1995, núm. 6, págs. 35-38.

La exclusión de la obligación de seguridad de medios: una solución equitativa. La explicación de la responsabilidad delictual del transportista: un medio jurídicamente discutible. (ARANDA/SIERRA).

282. NEUHOF, R.: «Drittwirkung der AGB-Gesetzwidrigkeit zugunsten Vertragsfremder und Rückwirkung des Unwirksamkeitsverdikts auf Sicherheitenverträge. Zum Unbehagen an der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB», NJW, 1994, págs. 1763-1767.

El control judicial del contenido de las condiciones generales de los contratos, basado en el § 9.1 de la AGBG, pieza central de esta ley, está ocupando de modo progresivo en la jurisprudencia civil un espacio más amplio. Esta jurisprudencia examina si se produce un perjuicio desproporcionado de la parte contractual que se encuentra con el empleo de las cláusulas, pero siempre desde un punto de vista abstracto y general sin consideración a las concretas circunstancias de cada caso concreto. A juicio del autor del presente artículo, es preciso modificar el método abstracto señalado y sería deseable que en el futuro fuesen tenidas en cuenta las circunstancias de cada caso, a la hora de practicar la revisión del fondo de las cláusulas contractuales generales. (MPGR).

283. OURLIAC: «Fixation du prix du bail pour une activité non prévue par l'arrêté préfectoral», SJ, 1995, núm. 24, II, 22446.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3.^a, de 23 de febrero de 1994 y a la sentencia de la corte de apelación de París, sección I A de 30 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

284. PAPA, A.: «Osservazioni a Trib. Napoli, 18 gennaio 1993, e a Trib. Napoli, 27 gennaio 1993, in tema di costituzione di fondo patrimoniale e azione revocatoria ordinaria», BBTC, 1994, V, parte seconda, págs. 584-587.

Comentario a dos sentencias del Tribunal de Nápoles que declaran objetivamente fraudulento el acto de constitución de un fondo patrimonial en favor de uno de los cónyuges y en perjuicio de acreedores. (CJD).

285. PAULIN/ATER: «L'interprétation de la clause résolutoire: le pouvoir souverain des juges du fond?», RDS 1994, núm. 34, págs. 483-486.

Aplicación de la cláusula de rescisión tácita; condiciones. (ARANDA/SIERRA).

286. PEDAMON, M.: «Les incidences de la loi du 10 juin 1994 sur le bail à usage commercial», GP, 1995, núms. 6-7, págs. 2-8.

Esta ley marca una etapa histórica en la controversia del derecho de procedimientos de ejecución colectiva en la prevención del tratamiento de empresas en dificultades. (ARANDA/SIERRA).

287. PÉRINET-MARQUET: «La responsabilité du garant de livraison dans le contrat de construction d'une maison individuelle», SJ, 1995, núm. 12, 1-3832. (ARANDA/SIERRA)

288. PETRUCCI, C.: «Contratto di prestazione d'opera professionale: brevi osservazioni in materia di progettazione di opere abusive - nota a Cass. 29 ottobre 1994 núm. 8941», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 401-403. (RDR).

289. POLI, M. DE: «La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 523-532.

Apuntes sobre la necesidad de transparencia en las relaciones banca-cliente, en aras de una mayor claridad, información y seguridad de su contenido, términos contractuales y operaciones y servicios, en el ámbito del Texto único de la Ley en materia bancaria y crediticia (D. Lgs. 1 settembre 1993, núm. 385). (RDR).

290. PONZANELLI, G.: «Responsabilità del produttore», RDC, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 215-222.

Síntesis legislativa, bibliográfica y jurisprudencial sobre la responsabilidad del productor. (RDR).

291. PUTMAN/GRAFMEYER: «Régime juridique de la saisie-attribution des créances à exécution successive», SJ, 1995, núm. 14, II-2240822409.

Notas a las sentencias de la corte de apelación de Aix-en-Provence de 20 de julio de 1994 y de la corte de casación, avis. núm. 29, de 16 de diciembre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

292. QUENILLET-BOURRIÉ: «L'évaluation monétaire du préjudice corporel: pratique judiciaire et données transactionnelles», SJ, 1995, núm. 4, I, 3818. (ARANDA/SIERRA)

293. RANDOUX: «Les créanciers du conjoint d'une personne en liquidation judiciaire peuvent-ils exercer des poursuites sur les biens communs?», SJ, 1995, núm. 12, II-22401.

Notas a la sentencia de casación, asamblea plenaria, de 23 de diciembre de 1994 sobre procedimientos colectivos. (ARANDA/SIERRA).

294. RÉMERY: «À défaut d'obligations nées du même contrat, le lien de connexité peut s'induire de relations s'inscrivant dans un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations», SJ, 1995, núm. 25, II, 22448.

Nota a la sentencia de casación comercial de 9 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA).

295. RÉMERY/DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: la notion de loyers échus au regard de la résiliation du bail». RDS 1995, núm. 7, págs. 105-108.

Nota a la sentencia de casación com. de 14 de junio de 1994 sobre arrendamiento comercial. Resolución y liquidación judicial. (ARANDA/SIERRA).

296. REMY/PIALOUX: «Comentaire des dispositions de la loi du 21 juillet 1994. Relatives aux rapports locatifs et à l'amélioration du fonctionnement des copropriétés», GP, 1995, núm. 76-77, págs. 228.

La adaptación de la legislación a las relaciones de arrendamiento. El precio del arrendamiento; las nuevas reglas relativas a la cotitularidad legal del edificio: las modificaciones legislativas relativas al fin del edificio. Novedades aportadas al campo de aplicación de la ley de 1 de septiembre de 1948. Las copropiedades en dificultad; el privilegio especial inmobiliario de la comunidad; la protección especial de las comunidades en dificultad; disposiciones diversas. (ARANDA/SIERRA).

297. RICHARD/SAGE: «La responsabilité civile de l'avocat» GP, 1994, núms. 327-328 págs. 2-8.

Principios que rigen la responsabilidad del abogado según leyes de 31 de diciembre de 1990 núm. 90/1259 y de 31 de diciembre de 1971 núm. 71/130. Criterios generales de la responsabilidad civil. El Juicio y el abogado (ARANDA/SIERRA).

298. RIZZIERI, A.: «Carte di credito», RDC, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 223-240.

Notas de información doctrinal y jurisprudencial sobre el fenómeno de la «carta di credito trilateral». Dificultad y tentativa de encuadramiento. (RDR).

299. RODHAIN: «Dépôt de modèle simplifié: Loi du 5 février 1994», SJ, 1995, núm. 19, I, 3845. (ARANDA/SIERRA)

300. DI ROSA, G.: «La "astrattezza" della procura: alle origini di un dogma» CI, 1994, núm. 1, pag. 70 ss.

Se lleva a cabo una reconstrucción teórica del fenómeno de la representación y del negocio de apoderamiento desde su visión histórica y comparatística (especialmente con el sistema alemán) hasta el análisis de la actual legislación para afrontar los problemas actuales. (GD-PG).

301. ROTH, A.: «Das interitätsinteresse des Geschädigten und das Postulat der Wirtschaftlichkeit der Schadensbehebung», *JZ*, 1994, págs. 1091-1096.

El artículo clasifica la jurisprudencia que viene a desarrollar el concepto dogmático de «economía de la reparación del daño» («Wirtschaftlichkeit der Schadensbehebung»), y se llega, entre otras consideraciones, a una solución alejada de la doctrina mayoritaria relativa a los límites de la reclamación indemnizatoria. (MPGR).

302. ROURE: «Faculté de substitution dans une promesse synallagmatique de vente et cession de contrat». *GP*, 1995, núms. 162-164, págs. 20-23.

Nota a la sentencia de la corte de casación francesa, sección tercera civil, de 7 de julio de 1993, sobre promesa de venta unilateral y facultad de sustitución aceptada por el vendedor. (ARANDA/SIERRA).

303. ROUSSEAU: «La mission d'expertise droit commun 1994», *GP*, 1995, núms. 50-52, págs. 2-4.

Sobre la nueva misión de expertos médicos para valorar las indemnizaciones a las víctimas de accidentes de circulación, en colaboración de los aseguradores. (ARANDA/SIERRA).

304. RUMORI, C.: «Il legittimato passivo dell'azione di rivalsa ex art. 18, comma 2, legge núm. 990 del 1969 - nota a Cass. 8 marzo 1993 núm. 2764», *GC*, 1994, núms. 7-8, págs. I. 2016-2018. (RDR).

305. RUMORI, C.: «Preavviso ed indennità sostitutiva nel recesso dal contratto di agenzia - nota a Cas. 20 agosto 1993 núm. 8795», *GC*, 1994, núm. 9, págs. I, 2325-2328. (RDR).

306. SACCO, R.: «Sulla società di fatto», *RDC*, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 59-70.

Reflexión acerca de la sociedad de hecho como figura diferenciada del contrato societario viciado de nulidad, e identificada con la realización de hecho de una actividad societaria. El régimen jurídico de los efectos de su actividad. (RDR).

307. SACCO, R.: «Conclusioni del contratto», *RDC*, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 201-214.

Información doctrinal y jurisprudencial sobre la disciplina general contractual: bilateralidad, aceptación, declaración, caducidad, revocación, etc. (RDR).

308. SAGE: «Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs» *GP* 1994, núms. 301-302, págs. 2-8.

Análisis de la directiva, campo de aplicación; definición de cláusula abusiva; tipos de cláusulas abusivas. (ARANDA/SIERRA).

309. SAINT-ALARY HOUIN: «La genèse de l'article 1799-1 du code civil», *RDIm.*, 1994, núm. 3, págs. 339-345.

La introducción del citado artículo con la ley de 10 de junio de 1994. Se obliga a garantizar al empresario el pago de sumas debidas si la empresa está en crisis. Análisis de los trabajos legislativos preparatorios. (ARANDA/SIERRA).

310. SAINT-JOURS: «Accidents du travail: l'enjeu de la présomption d'imputabilité». *RDS* 1995, núm. 3, págs. 13-17.

La presunción de imputabilidad en los accidentes de trabajo. La teoría general de la presunción de imputabilidad. La eventual prueba del daño a cargo de la víctima. (ARANDA/SIERRA).

311. SALAFIA, V.: «Sulla impignorabilità della quota sociale da parte del creditore particolare del socio - nota a Trib. Ravenna 12 aprile 1994», GC, 1994, núm. 10, págs. 1, 2629-2631. (RDR).

312. SANTORO, V.: «Gli obblighi dell'incaricato nella trattazione d'affari per conto nel sistema tedesco e in quello italiano», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 639-687.

Reflexiones en torno al mandato y las obligaciones y derechos del gestor de negocios en el sistema alemán e italiano. Propuestas de reforma alemana y criterios de la jurisprudencia italiana. (RDR).

313. SARGOS: «Assurance de dommages en matière de construction: distinction de la garantie des malfaçons et des «non-façons». RDS 1994, núm. 37, págs. 521-523.

Notas a la sentencia de casación de la 1.^a Civil de 2 de febrero de 1994 sobre seguros terrestres. El seguro de daños. Garantías, siniestros y su realización. (ARANDA/SIERRA).

314. SARGOS: «L'assureur, qui a indemnisé le propriétaire d'une automobile volée, dispose, à concurrence du montant de l'indemnité versée, d'une action subrogatoire contre le receleur de ce véhicule». RDS 1995, núm. 8, págs. 117-118.

Nota sobre la sentencia de casación 1.^a Civil de 25 de octubre de 1994 sobre seguro de automóviles. Poseedor. Tercero responsable. La subrogación de la compañía de seguros. (ARANDA/SIERRA).

315. SARGOS: «L'assureur qui, dans les dix jours de la réception de la lettre recommandée de son assuré proposant de modifier la police, n'a pas refusé cette modification est censé l'avoir acceptée, même si elle consiste en l'adjonction d'un risque totalement différent», RDS, 1995, núm. 12, págs. 177-178.

Notas a la sentencia de casación civil, sección 1, de 11 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

316. SARGOS: «Difficultés juridiques posées par la note de couverture et définition du sinistre en assurance de responsabilité», SJ, 1995, núm. 26, II-22452.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1, de 25 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

317. SAVATIER: «À la recherche des existants», GP, 1995, núms. 8-10, págs. 2-4.

Estudio sobre la garantía decenal del constructor de una obra. (ARANDA/SIERRA).

318. SCHERMI, A.: «La sanatoria della morosità del conduttore a norma dell'art. 55 legge núm. 392 del 1978 nel processo di opposizione dopo la convalida di sfratto - nota a Cass. 2 dicembre 1993 núm. 11923», GC, 1994, núm. 9, págs. 1, 2287-2291. (RDR).

319. SCHMID, M.: «Die fehlgeschlagene Reparatur. Probleme des BGB-Werkvertrages am Beispiel der Kfz-Reparatur», NJW, 1994, págs. 1824-1829.

En el artículo se trata de averiguar qué derechos corresponden al comitente de una obra que después de un fracasado intento de reparación de la misma reclama la devolución de los pagos hechos al contratista. Especiales dificultades plantea la reparación de cosas con vicios ocultos. El autor somete a deliberación una constelación de casos prácticos que suscitan los problemas centrales del contrato de reparación en el BGB. (MPGR).

320. SCHNAUDER, F.: «Der Stand der Rechtsprechung zur Leistungskondition», *JUS*, 1994, págs. 537-545.

El autor realiza un análisis de la jurisprudencia recaída en materia de «condición de prestación» (*Leistungskondition*), que a su juicio está cada vez más presidida por razonamientos normativos que se superponen a la autonomía de las partes en la valoración de las relaciones jurídicas. (MPGR).

321. SIMONI, A.: «La recente legge svedese sulla responsabilità da prodotto (Produktansvarslag - PAL)», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 689-729.

Comentario a la nueva ley sueca sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos. con especial referencia a la función preventiva, a la actividad aseguradora, y a la teoría de los costes y riesgos. La regla para determinar la extensión del daño resarcible. Posibilidad de ejercicio de otras acciones por el dañado. (RDR).

322. SOUSSE: «Quelle réforme en matière de responsabilité médicale?», *GP*, 1994, núms. 287-288, págs. 10-14.

Artículo a la vista de la proposición de ley de 1994 sobre reparación de daños causados por médicos. (ARANDA/SIERRA).

323. STANZIONE, P.: «Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 887-891.

Sobre la necesidad de unificar o coordinar los mecanismos de tutela de los derechos del consumidor, en aras de una mayor y mejor protección. (RDR).

324. STORCK: «L'application de l'exception de inexécution en matière de bail», *RDS*, 1994, núm. 33, págs. 463-465.

Nota la sentencia de la Corte de Casación de 15 de diciembre de 1993, sección 3.^a, sobre arrendamientos en general: obligaciones, pago, etc. (ARANDA/SIERRA).

325. STRANIERI, C.: «Osservazioni sulla configurabilità delle clausole limitative della garanzia per vizi come clausole onerose - nota a Cass. 23 marzo 1993 núm. 3418», *G C*, 1994, núm. 12, págs. 1, 3292-3296. (RDR).

326. THAMM, M.: «Die Mängelrüge nach Gesetz, Rechtsprechung und AGBPraxis», *BB*, 1994, págs. 2224-2227.

El autor se muestra en su artículo crítico con la necesidad de una reclamación por vicios y con las exigencias que para ella introducen la ley, la jurisprudencia y la práctica relativa a las condiciones generales de la contratación. En este contexto, introduce especialmente la cuestión relativa a cuándo el comprador de una cosa o el comitente de una obra deben formular una reclamación por vicios. (MPGR).

327. THIEFFRY: «L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur. Les distorsions entre les états-membres et les enseignements de l'expérience américaine», *RCDI*, 1994, núm. 1, págs. 103-123.

El autor realiza este estudio ante la necesidad, surgida tras el Libro verde de la Unión Europea de armonizar la legislación de los Estados miembros sobre reparación de daños causados por el desarrollo industrial. Armonización de las legislaciones sobre responsabilidad civil. La internacionalización de los costes del desarrollo: una concepción americana del principio «pagador-contaminador». (ARANDA/SIERRA).

328. TIDU, A.: «Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 613-651.

Comentario al T. U. de la Ley 1993, núm. 385, en materia bancaria y crediticia: ámbito de aplicación, sujetos operadores en el mercado bancario y crediticio y mecanismos de control, con concreta referencia a la finalidad de transparencia y su nueva disciplina. (RDR).

329. TENORE, V.: «Le società di ingegneria alla luce dell'art. 17 della legge Merloni in materia di lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994 núm. 109)», GC, 1994, núm. 9, págs. II, 443-470.

Estudio del contrato atípico de «engineering», su tratamiento jurisprudencial y el régimen establecido por la Ley Merloni. (RDR).

330. TOMASIN: «L'agent immobilier», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 1-16.

Normativa aplicable en Europa al ejercicio de su actividad. Reglas aplicables a la relación entre agente inmobiliario y sus clientes. Contrato de mediación (ARANDA/SIERRA).

331. TRIOLA, R.: «Comunione legale, contratto preliminare di vendita stipulato da uno dei coniugi e decorrenza del termine per l'impugnazione - osservazione a Cass. 17 dicembre 1994 núm. 10872», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 363-364. (RDR).

332. TRIOLA, R.: «Vendita di fondo tra partecipanti ad impresa familiare e prelazione del confinante - nota a Cass. 7 ottobre 1994 núm. 8198», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 412-413. (RDR).

333. UNGEWITTER, R.M.: «§ 11 I VerbrKrG als Vorschrift über den objektiven Schaden», JZ, 1994, págs. 701-709.

El artículo trata del § 11.1 de la Ley alemana de crédito al consumo, relativa a los intereses en caso de mora como una norma sobre daños objetivos, y extrae de ello las consiguientes consecuencias para la interpretación de la norma en cuestión. (MPGR).

334. URSO, E.: «Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO Production Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd.», RDC, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 81-158.

Extenso estudio de la jurisprudencia inglesa y estadounidense, con anotaciones sobre las principales propuestas de reforma, en materia de condenas pecuniarias resarcitorias de daños, impuestas al responsable de daño no patrimonial pero particularmente probable. (RDR).

335. VALCAVI, G.: «Una chiara puntualizzazione in tema di prevedibilità del danno da colpa contrattuale», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 755-759.

Comentario de la sentencia Cass. civ. Sez. II, 21 maggio 1993, núm. 5778, sobre previsión del daño por culpa contractual. (RDR).

336. VASSEUR: «Conditions de la compensation par une banque française concernant des fonds placés par une banque suisse provenant de contrats de fiducie», SJ, 1995, núm. 19, II, 22427.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de París, sección 5.^a, de 22 de septiembre de 1994. (ARANDA/SIERRA).

337. VENDITTI, A.: «Contratto preliminare e nuda proprietà - nota a Cass. 10 dicembre 1993 núm. 12155», GC, 1994, núm. 11, págs. I, 2932-2944. (RDR).

338. VERNET: «Le cautionnement dans la loi du 25 janvier 1985». RDS 1995, núm. 9, págs. 139-142.

Nota sobre la sentencia de casación com. de 22 de marzo de 1994 sobre la liquidación judicial y el pago de intereses crediticios. La puesta en mora, y el juego de su obertura. (ARANDA/SIERRA).

339. VIAL-PEDROLETTI: «Les travaux d'amélioration», LC, 1995, núm. 3. (ARANDA/SIERRA).

340. VIAL-PEDROLETTI: «Les nouvelles dispositions prises dans le secteur locatif», LC, 1994, núm. 11. (ARANDA/SIERRA).

341. VIGNERON: «La toilette continue...», LC, 1995, núm. 4.

El autor analiza la puesta al día del decreto de 17 de marzo de 1967. (ARANDA/SIERRA).

342. VIGNERON: «Assamblée générale: la "défaillance" du copropriétaire par procuration», LC, 1995, núm. 2. (ARANDA/SIERRA).

343. VIGNERON: «Le toilettage de la loi du 10 juillet 1965», LC, 1994, núm. 10. (ARANDA/SIERRA).

344. VINEY: «Chronique d'actualité: Responsabilité civile», SJ, 1995, núm. 24, I, 3853. (ARANDA/SIERRA).

345. VINEY «L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge». RDS 1944, núm. 36 págs. 301-307.

La aplicación de los principios generales del derecho de obligaciones y contratos a la interpretación y obligación del contrato de seguro. La aplicación de las reglas específicas del código de seguro para la interpretación y aplicación de contratos. (ARANDA/SIERRA).

346. VITA DE GIORGI, M.: «Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte costituzionale», NLCC, 1995, núm. 2, págs. 415-428.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994, núm. 372, sobre el daño biológico a causa de muerte.

Repercusión en el Derecho sucesorio, la atribución *iure proprio* al cónyuge de la víctima. (RDR).

347. VITIS, S. DE: «Riflessioni in merito alla efficacia probatoria delle annotazioni effettuate sul libretto di deposito a risparmio - nota a Cass. 4 de marzo de 1993, núm. 2641», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 2021-2024. (RDR).

348. WANDT, M.: «Produkthaftung mehrerer und Regreß. Eine Einführung in die Grundlagen und die Grundfragen», BB, 1994, págs. 1436-1442.

El artículo incluye una introducción sobre los fundamentos y las principales cuestiones relativas a la responsabilidad por los productos en la normativa comunitaria. El autor trata también de las mejoras introducidas por esta normativa en la protección de los perjudicados y, además, de las consecuencias de estas mejoras en la compensación de daños entre los distintos responsables. (MPGR).

349. WEIL/PUIS: «Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives», RCDI, 1994, núm. 1, págs. 125-140.

Homogenización de la normativa de los Estados miembros de la Unión europea sobre cláusulas generales de la contratación, desde el 1 de enero de 1995. La directiva 93/13 de 5 de abril de 1993: espíritu y principios generales. La reglamentación alemana de 1976 y su influencia en la directiva de 1993. (ARANDA/SIERRA).

350. ZIVIZ, P.: «Alla scoperta del danno esistenziale», CI, 1994, núm. 2, pág. 845 ss.

Análisis jurisprudencial sobre la responsabilidad derivada de los daños a la salud y a la integridad física. (GD-PG).

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

351. AGOSTINI: «Les nouveaux intouchables». RDS 1995 núm. 4 págs. 58-59.

Notas a la sentencia de casación com. de 26 de octubre de 1993 sobre marcas. Elementos constitutivos. La denominación de origen de los productos y el riesgo de confusión. (ARANDA/SIERRA).

352. ALESII, A.: «La tutela giuridica della riduzione teatrale di opera narrativa - nota a Cass. 10 marzo 1994 núm. 2345», GC, 1995, núm. 4, págs. I, 1075-1087. (RDR).

353. AUBY: «Domaine de l'État et des collectivités publiques», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 225-230.

Notas jurisprudenciales sobre el dominio público: delimitación. Su utilización. (ARANDA/SIERRA)

354. AUBY: «Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme», RDI, 1995, núm. 1, págs. 39-50.

El autor pretende analizar los caracteres jurídicos de las reglas urbanísticas: contenido y forma: efectos. (ARANDA/SIERRA)

355. AUBY/MAUGÛE: «Domaine de l'État et des collectivités publiques», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 426-431.

Notas jurisprudenciales sobre el dominio público: utilización y gestión. Diferencias con el dominio privado. (ARANDA/SIERRA)

356. AUBY/MAUGÛE: «Domaine de l'État et des collectivités publiques», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 88-93.

Notas jurisprudenciales sobre el dominio público: utilización y gestión. Diferencias con el dominio privado. (ARANDA/SIERRA)

357. AUDIT: «Le statut des biens culturels en droit international privé français», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 405-422.

La influencia del desarrollo del mercado internacional de obras de arte y el crecimiento de desplazamientos ilícitos. Disposiciones materiales específicas en Derecho interno (civiles, administrativas y penales) y en el ámbito internacional. Los bienes culturales y el estatuto real. (ARANDA/SIERRA)

358. AYNES: «Nature de la garantie financière des intermédiaires», RDS, 1995, núm. 12, págs. 178-180.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1, de 10 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

359. BAKER /McKENZIE: «Amendements a la loi sur les marques du commerce, de fabrique et de service à Taiwan». GP 1995, núms. 81-82, págs. 15-16.

Estudio sobre los importantes cambios aportados por la ley sobre marcas comerciales, de fábrica y servicios en Taiwan, con motivo de la modernización del régimen. (ARANDA/SIERRA)

360. BAKER/McKENZIE: «Amendements à la loi sur les marques de commerce, de fabrique et de service en République Populaire de Chine» GP 1995, núms. 81-82, págs. 13-14.

Reglas sobre la puesta en marcha de la ley de marcas que entró en vigor el 1 de julio de 1993. (ARANDA/SIERRA)

361. BAKER/McKENZIE: «La télévision par satellite et les Réseaux d'information en République Populaire de Chine», GP, 1995, núms. 81-82, pág. 19.

Sobre la televisión por satélite y las reseñas informativas. (ARANDA/SIERRA)

362. BANDRAC: «Sûreté, publicité foncière», RTDC 1994, núm. 4 págs. 899-911.

Garantías personales: caución o fianza. Garantías reales: hipoteca, derecho de retención, prenda. (ARANDA/SIERRA).

363. BEAUREGARD-BERTHIER: «*Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi núm. 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*», SJ, 1995, núm. 1, I, 3812. (ARANDA/SIERRA)

364. BENEZRA: «Les innovations apportées par la loi du 10 juin 1994 au régime de l'action en revendication», GP, 1994, núms. 320-321, págs. 9-12.

La reivindicación de los bienes en procedimientos de ejecución. Condiciones de ejercicio. (ARANDA/SIERRA)

365. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDI, 1994, núm. 2, págs. 217-221.

Notas a diversas sentencias sobre propiedad, servidumbres y usufructo. (ARANDA/SIERRA)

366. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDI, 1995, núm. 1, págs. 79-84.

Notas a diversas sentencias en materia de propiedad y derechos reales (ARANDA/SIERRA)

367. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDI, 1994, núm. 3, págs. 407-411.

Anotaciones jurisprudenciales sobre el derecho de propiedad; servidumbres. adquisición de la propiedad; y accesión. (ARANDA/SIERRA)

368. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 217-221.

Notas a diversas sentencias sobre el derecho de propiedad; servidumbres y usufructo. (ARANDA/SIERRA)

369. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 407-410.

Notas a diversas sentencias sobre el derecho de propiedad; servidumbres y adquisición de los derechos reales. (ARANDA/SIERRA)

370. BERNARD: «Effet de la décision d'irrecevabilité de la procédure de fixation judiciaire du prix de vente d'un bien sur le titulaire du droit de préemption», SJ., 1995, núm. 11, II-22394.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 3, de 13 de julio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

371. BERTREL: «L'accession artificielle immobilière», RTDC, 1994, núm. 4, págs. 737-775.

Contribución a la definición de la naturaleza jurídica del derecho de superficie. Introducción a la consideración histórica de la accesión. El principio de que lo accesorio sigue a lo principal: distintas teorías. Fundamento de la disociación entre la propiedad del suelo y de la construcción. El derecho de superficie: teorías. (ARANDA/SIERRA).

372. BIGOT, J.L.: «La pratique des revendications et demandes en restitution de biens, consécutive à l'application de la loi du 10 juin 1994 et du 21 octobre 1994», GP, 1994, núms. 352-354, págs. 2-4.

Explicación de la nueva ley que modifica la de 25 de enero de 1985 sobre reivindicación de bienes. Sus innovaciones. (ARANDA/SIERRA)

373. BLOCH/SCHMITT: «Premières décisions relatives au certificat complémentaire de protection rattaché à un brevet», GP, 1994, núms. 324-326, págs. 2-5.

Certificado creado por la ley de 25 de junio del 1990 e incluido en el código de la propiedad intelectual de 1992. (ARANDA/SIERRA)

374. BRIERLEY: «Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec», RIDC, 1995, núm. 1, págs. 33-49.

El autor resalta la importancia del nuevo Código civil de Quebec para los comparatistas debido a dos razones. De una parte por las nuevas aplicaciones que se hacen en él de la noción de derecho real y, de otra, por la recepción de la noción de «trust» en el derecho patrimonial. (ARANDA/SIERRA)

375. BROUIN/DUBIGEON: «L'ouvre collective», GP, 1995, núm. 165-166, págs. 2-8.

Tras una introducción los autores analizan la obra colectiva en el derecho de autor, su noción y su oportunidad legislativa. Derechos de los participantes en estas obras. (ARANDA/SIERRA)

376. BUTA, G.: «Acquisto per accessione e comunione legale tra coniugi», GC, 1994, núm. 12, págs. II, 625-632.

Notas en torno a la figura de la accesión y el régimen patrimonial legal entre cónyuges, con referencias doctrinales y jurisprudenciales. (RDR).

377. CAMPIGLIO, G.: «Diritto del produttore fonografico per l'utilizzazione di dischi nella radiodiffusione di opere musicali», Dir. Aut. 1995, núm. 1, págs. 175-170.

Anotación a la resolución del Tribunal de Génova de 9 de septiembre de 1994 relativa a la radiodifusión de obras musicales registradas sobre disco o soporte análogo. (ARG).

378. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 92-108.

Notas a sentencias en materia de propiedad horizontal y la junta de propietarios. (ARANDA/SIERRA).

379. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 148-166.

Notas a sentencias en materia de propiedad horizontal. Partes privativas y partes comunes. (ARANDA/SIERRA).

380. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 291-308.

Notas a sentencias en materia de propiedad horizontal y la junta de propietarios. (ARANDA/SIERRA).

381. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 486-503.

Notas a sentencias sobre la comunidad de bienes. La propiedad horizontal y la junta de propietarios. (ARANDA/SIERRA).

382. CAROSONE, O.: «Diritto di elaborazione di autore cecoslovacco e plagio letterario di autore italiano», *Dir. Aut.* 1995, núm. 1, págs. 153-159.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de marzo de 1994 n. 2345 en materia de derecho de autor. (ARG).

383. CARRIAS: «La nouvelle expropriation indirecte (après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 janvier 1994)», *RDS* 1994, núm. 39, págs. 327-330.

La intangibilidad de la obra pública. La expropiación indirecta después de la sentencia de 6 de enero de 1994. La nueva expropiación forzosa: la protección de la administración, la protección de terceros y la protección del propietario. (ARANDA/SIERRA).

384. CLAVIER: «Cession de promesse synallagmatique de vente: quelles conséquences?», *RDS*, 1994, núm. 43, págs. 597-601.

Nota sobre la sentencia de casación 3.^a Civil de 7 de julio de 1993 sobre cesión de créditos: definición. Venta de bien inmueble y promesa de venta. (ARANDA/SIERRA).

385. COLLOVA, T.: «Sulla disposizione contenuta nell'art. 90 del trattato CEE in relazione alle altre regole di concorrenza», *Dir. Aut.* 1995, núm. 1, págs. 1-33. (ARG)

386. COLLOVA T.: «In tema di conversione della diffusione televisiva dal sistema analogico alla tecnologia digitale», *Dir. Aut.* 1994, núm. 4, págs. 503-558.

Análisis y descripción del fenómeno creciente en EEUU por el que este país se dirige rápidamente hacia la televisión digital. (ARG).

387. COMMISSION RELATIVE À LA COPROPIÉTÉ (11e. RECOMMANDATION), *RDIm.*, 1994, núm. 1, págs. 17-19.

Recomendación relativa a la venta forzosa de bienes inmuebles. (ARANDA/SIERRA).

388. CONTALDO, A.: «Video on demand: problematiche giuridiche della TV interattiva», *Dir. Aut.* 1995, núm. 1, págs. 105-127.

Reflexiones sobre los aspectos jurídicos más relevantes del Video on Demand (Vo D), nuevo y articulado medio que representa el primer intento de convergencia entre la tecnología propia de las telecomunicaciones y la de la televisión. (ARG).

389. CORDELIER/MUSSO: «Le droit de délaissement des propriétaires dans le Code de l'urbanisme» *GP*, 1994, núm. 329-330, págs. 2-9.

Derecho del propietario de un terreno privado, a disposición de una persona pública, de exigir a ésta que adquiera el terreno a cambio de un precio. Evolución legal de este derecho. (ARANDA/SIERRA)

390. CORSINI, F.: «Sull'estensione degli effetti dell'iscrizione ipotecaria agli interessi - nota a Trib. Foli 23 luglio 1993 (decr.)», *G.C.*, 1994, núm. 10, págs. 1, 2640-2644. (RDR).

391. COSTANTINO, M.: «La proprietà», *RTDPC*, 1994, núm. 1, pág. 189. ss.

Se analiza el tema de la propiedad privada de los bienes de interés público partiendo del análisis de la decisión judicial que tuvo lugar en 1992 sobre la propiedad del Teatro Petruzzelli de Bari. (GD-PG).

392. CRESCIMBENI, G.: «Cessione di diritti su composizione musicale e durata del contratto», *Dir. Aut.* 1994, núm. 4, págs. 614-618.

Nota a la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 19 de julio de 1994, que ha supuesto un claro avance en el régimen jurídico aplicable al contrato de edición musical. (ARG)

393. CRUGNOLA, P.: «Il requisito della creatività in materia di fotografia», *Dir. Aut.*, 1994, núm. 3, págs. 353-360.

Examen de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la determinación de las condiciones que debe reunir una fotografía para considerarse creación y ser tutelada como obra del ingenio. (ARG)

394. DAGOT/MALBOSC-CANTEGRIL: «Notion de tiers au sens de l'article 216 du décret núm. 92-755 du 31 juillet 1992 en cas d'inscription provisoire», *SJ*, 1995, núm. 11, II-22392.

Nota a la sentencia de casación de Avís, de 24 de enero de 1994 en materia de hipoteca judicial. (ARANDA/SIERRA)

395. DANUSSO, M.G.: «La legge albanese sulle garanzie reali», *RDC*, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 159-167.

Información acerca de la nueva Ley albanesa de 22 de julio de 1993, sobre garantías reales. en especial prenda e hipoteca. (RDR).

396. DAVERAT: «Libres propos sur les critères de la contrefaçon des oeuvres littéraires et artistiques», *SJ*, 1995, núm. 9, I-3827. (ARANDA/SIERRA)

397. DELEBECQUE: «Chronique d'actualité: Droit des sûretés», *SJ*, 1995, núm. 23, I, 3851. (ARANDA/SIERRA)

398. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDIm.*, 1995, núm. 1, págs. 141-147.

Jurisprudencia sobre el derecho real de hipoteca. La publicidad registral. El embargo. (ARANDA/SIERRA)

399. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDIm.*, 1994, núm. 1, págs. 86-91.

Jurisprudencia sobre el derecho real de hipoteca y sobre el embargo. (ARANDA/SIERRA)

400. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDIm.*, 1994, núm. 2, págs. 284-290.

Jurisprudencia sobre el derecho real de hipoteca y sobre el embargo. (ARANDA/SIERRA)

401. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDIm.*, 1994, núm. 3, págs. 481-485.

El procedimiento de embargo. Jurisprudencia sobre garantías reales en general. (ARANDA/SIERRA)

402. DERRIDA: «La saisie-attribution des créances à exécution successive», *RDS*, 1995, núm. 11, págs. 166-167.

Nota a la sentencia de la corte de casación, avis. de 16 de diciembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

403. FABIANI, M.: «Plagio parziale o camuffato di composizione musicale», *Dir. Aut.* 1994, núm. 3, págs. 464-467.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 12 de mayo de 1993 relativa al plagio parcial de una composición musical utilizada para un spot publicitario televi-

sivo. Responsabilidad de la empresa productora del spot y de la empresa que lo utilizaba para la venta de sus propios productos. (ARG).

404. FABIANI, M.: «Sul "minimum" di creatività richiesto per la protezioni di testi commentati», *Dir. Aut.* 1994, núm. 4, págs. 599-601.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 2 de diciembre de 1993 en materia de derecho de autor. (ARG)

405. FABIANI, M.: «Disciplina giuridica internazionale dell'opera cinematografica o audiovisiva e sostituzione della colonna musicale», *Dir. Aut.* 1995, núm. 1, págs. 53-65.

Diversas cuestiones relacionadas con la problemática de la obra cinematográfica en el sistema del derecho internacional (derechos de los autores y del productor, función de la parte musical en la obra audiovisual, responsabilidad del productor o del distribuidor...). (ARG)

406. FATOME/RICHER: «Nature et contenu du contrat d'aménagement», *RDIm.*, 1994, núm. 2, págs. 169-177.

Análisis del artículo 300-4 del Código de urbanismo. (ARANDA/SIERRA)

407. FAUVARQUE-COSSON: «L'imprescriptibilité de l'action en revendication de biens mobiliers», *RDS*, 1994, núm. 42, págs. 582-586.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 2 de junio de 1993 sobre propiedad y posesión. Acción reivindicatoria y su prescripción. La posesión de bienes muebles (ARANDA/SIERRA).

408. FIORINA: «L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières», *RTDC*, 1995, núm. 1, págs. 43-67.

La autora analiza los problemas que presenta la figura ante la regulación del usufructo en el Código Civil. Adaptación normativa civil. (ARANDA/SIERRA).

409. FORNACIARI, M.: «Note in tema di procedimenti possessori dopo la riforma», *GC*, 1994, núm. 10, págs. II, 537-541.

Notas sobre los procedimientos posesorios después de la reforma de la ley 26 noviembre 1990, núm. 353, con breves referencias doctrinales y jurisprudenciales. (RDR).

410. FOYARD: «La citation de l'oeuvre artistique est-elle possible?», *RDS*, 1994, núm. 34, págs. 481-483.

Catologación, reproducción, formato y reducción de una obra artística. (ARANDA/SIERRA)

411. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo», *Dir. Aut.*, 1994, núm. 3, págs. 378-392.

Emissiones televisivas entre competencia desleal y plagio. Comunicación social: deberes públicos y de solidaridad. Derechos de autor y Tratado de Roma en una reciente sentencia de la Corte Comunitaria. (ARG)

412. FRANCHESCHELLI, V. y otros: «Tutela giuridica dei programmi per elaboratore (d. lgs. 29 dicembre 1992, n. 518; d.p.c.m. 3 gennaio 1994, núm. 244)», *NI,CC*, 1995, núm. 2, págs. 261-319.

Comentario al decreto legislativo de 29 de diciembre de 1992, núm. 518, en relación al d.p.c.m. de 3 de enero de 1994, núm. 244, sobre la regulación jurídica de los programas informáticos y su protección a través del perfil de los derechos de autor.

Síntesis histórica sobre el derecho de autor como instrumento de protección del software: orígenes americanos, europeos e italianos. La directiva 91/250/CEE.

Los derechos de utilización económica, la creación de un Registro público especial, contravención de la normativa, tutela penal. (RDR).

413. GAGLIARDI, A.: «Opere pittoriche, falsi e disconoscimento di paternità», Dir. Aut. 1994, núm. 3, págs. 473-480.

La controversia, objeto de la sentencia del Tribunal de Roma de 10 de noviembre de 1993, se circunscribe a las relaciones existentes entre un artista y el titular de una galería de arte, que comercia con algunos de sus cuadros. El autor denuncia la atribución falsa de la paternidad de algunas obras realizada a él mismo, con firmas apócrifas y garantías de autenticidad no ciertas. (ARG)

414. GALIMART, M.: «La gestion du patrimoine en matière de copropriété», GP, 1995, núms. 4-5, págs. 7-9.

Comentario a los arts. 34-36 de la ley 94-624 de 21 de julio modificando la ley 65-557 de 10 de julio. (ARANDA/SIERRA)

415. DI GARBO, G.: «Oltre “Hag II”: la sentenza “Ideal Standard” e il frazionamento volontario del marchio - nota a C. Giust. C.e. 22 giugno 1994 (causa C-9/93)», GC, 1994, núm. 10, I, 2391-2395. (RDR).

416. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», RDI, 1994, núm. 1, págs. 32-15.

Notas a diversas sentencias sobre urbanismo de los tribunales franceses. (ARANDA/SIERRA)

417. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 94-96.

Jurisprudencia sobre los planes de urbanismo y el permiso de construcción. (ARANDA/SIERRA)

418. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 32-44.

Jurisprudencia sobre los planes de urbanismo y el permiso de construcción. (ARANDA/SIERRA)

419. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 230-232.

Jurisprudencia sobre los planes de urbanismo y el permiso de construcción. (ARANDA/SIERRA)

420. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 432-439.

Jurisprudencia sobre los planes de urbanismo y el permiso de construcción. (ARANDA/SIERRA)

421. GAUTIER: «Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en Droit français», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 507-519.

Estudio del calificativo «original». Las fuentes del criterio «originalidad» de una obra y su concepto. La aplicación cotidiana del «standard» de la originalidad por los tribunales. (ARANDA/SIERRA)

422. GENDREAU, Y.: «Aperçu comparatif de la protection des photographies», Dir. Aut., 1994, núm. 3, págs. 337-352.

Estudio de los cinco modos de protección de la fotografía existentes en el mundo y de las razones de tal diversidad. (ARG)

423. GINSBURG: «Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une oeuvre d'art: étude de droit comparé», RCDI, 1994, núm. 3, págs. 811-821.

La importancia de la distinción entre la propiedad intelectual y artística incorporal y la propiedad de soporte material (ejemplar) en el Derecho francés y en el Derecho americano. El autor analiza el derecho moral y posteriormente el derecho patrimonial o económico. (ARANDA/SIERRA)

424. GRASSO, L.A.: «Marchio forte e marchio debole, secondary meaning e volgarizzazione, riflessi della novella núm. 480 del 1992 - nota a Cass. 5 ottobre 1993 núm. 9882», GC, núm. 12, págs. I, 3231-3237. (RDR).

425. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY-HOUIN: «Promotion immobilière-vente d'immeuble», RDI, 1994, núm. 1, págs. 60-65.

Anotaciones a diversas sentencias sobre contratos de reserva de venta; ejecución del contrato de venta de buena fe; noción de acabado de obra; resolución de la venta; etc. (ARANDA/SIERRA)

426. GRÜN, B.: «Das Sachenrechtsänderungsgesetz. Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet und andere Änderungen im Immobiliarsachenrecht», NJW, 1994, págs. 2641-2648.

El día 1 de octubre de 1994 entró en vigor la Ley de modificación del Derecho de Cosas. Mediante esta Ley se intenta reconstruir la unidad jurídica alemana en el campo del Derecho de Cosas y más concretamente del Derecho Inmobiliario, tratando de encontrar un equilibrio entre los «usuarios» de los inmuebles y los propietarios de los mismos. (MPGR)

427. HABERMEIER, S.: «Das Trennungsdenken», ACP, 1995, págs. 283 a 294.

Breves reflexiones sobre el sistema transmisivo alemán que separa el aspecto obligatorio y el dispositivo o real en comparación con el sistema francés de transmisión consensual del dominio, así como las consecuencias que se derivan de mantener dicha separación. (IGP).

428. HELIN: «L'évolution récente du droit des enquêtes publiques», RDIm., 1994, núm. 2, págs. 179-183.

Evolución del Derecho positivo. Perspectivas tras la comunicación Bouchardeau. (ARANDA/SIERRA)

429. HOCQUARD, J.: «L'été républicaine et la naissance de un privilège: premières réflexions sur les dispositions de l'art. 34 de la loi du 21 juillet 1994», GP, 1995, núms. 4-5, págs. 2-4.

Instauración de un privilegio a favor de la comunidad de propietarios por razón del art. 2103 del Cc. francés en la venta de un piso. (ARANDA/SIERRA)

430. HOSTIOU: «Le droit de rétrocession à la recherche de son juge», RDS, 1995, núm. 10, págs. 149-152.

Nota a la sentencia CE de 28 de octubre de 1994 sobre expropiación. Derechos de retrocesión y competencia de jurisdicción. (ARANDA/SIERRA).

431. IENNE: «Nota a la sentencia de la corte de apelación de París, sección 4, de 1 de junio de 1994», GP, 1995, núm. 111-112, págs. 20-27.

Contrato de edición. Edición en el extranjero. Remuneración Convenio internacional tendente a evitar la doble imposición. (ARANDA/SIERRA).

432. IZZO, N.: «Sull'obbligatorietà di un conto corrente intestato al condominio - osservazione a Trib. Milano 29 settembre 1993 (ord) e Trib. Genova 16 settembre 1993», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2637-2638. (RDR).

433. JAUERNIG, O.: «Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip», *JUS*, 1994, págs. 659-667.

El autor expone el sistema de transmisión de los derechos reales en el BGB, de acuerdo con los siguientes puntos: a) el sistema del BGB se basa en la separación del negocio obligatorio y el negocio de disposición (Trennungsprinzips); b) el principio de separación se completa en el BGB con el principio de abstracción; el negocio de disposición no tiene por qué tener ninguna afectación causal (abstracción interna), y su validez no depende del negocio obligatorio preexistente (abstracción externa); el principio de abstracción, a diferencia del de separación, puede quebrar en ciertas situaciones; c) el principio de separación se opone al principio de unidad, en virtud del cual obligación y disposición están inseparablemente unidas; d) el principio de separación y el de abstracción deben ser diferenciados; las quebras del segundo son posibles y frecuentes (§ 455), y presuponen la previa separación de ambos negocios. (MPGR)

434. JEAN-PIERRE: «La courte citation d'oeuvres d'art en droit d'auteur», *RDS*, 1995, núm. 6, págs. 39-42.

Los derechos de autor y las citas parciales de la obra. La necesidad de un derecho de citación en materia artística. (ARANDA/SIERRA).

435. JEGOUZO: «Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994», *RDim.*, 1994, núm. 2, págs. 153-161.

El autor analiza los cambios en materia urbanística aportados con la ley citada. (ARANDA/SIERRA)

436. JEGOUZO/LAMARQUE: «Environnement», *RDI*, 1994, núm. 1, págs. 21-29.

Anotaciones a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

437. LETARNER: «Número especial de la propiedad intelectual», *GP*, 1995, núms. 27-29, págs. 2-19.

Análisis sobre el derecho de creación. Las marcas. Diseño de modelos. Propiedad literaria y artística. La competencia desleal. (ARANDA/SIERRA)

438. LEVONI, A.: «Ambiente dottrinale e roghi possessori», *GC*, 1995, núm. 4, págs. II, 181-200.

La defensa de la posesión. Revisión de la evolución histórica.

Los efectos de la nueva ley de 1990 sobre acciones posesorias. (RDR).

439. LIET-VEAUX: «Réflexions sur les exceptions et les dérogations», *RDI*, 1995, núm. 1, págs. 1-5.

La confusión entre excepciones y derogaciones en materia de urbanismo. El supuesto del consejo de estado de 27 de abril de 1994. (ARANDA/SIERRA).

440. LINANT DE BELLEFONDS: «Une oeuvre audiovisuelle peut-elle être une oeuvre collective?», *SJ*, 1995, núm. 7, II, 22375.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 16 de mayo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

441. LOMBARD: «A la croisée du droit immobilier public et privé, le bail emphytéotique comme procédé de financement privé des équipements publics». *RDS* 1994, núm. 38, págs. 538-540.

Nota a la sentencia CE. 25 de febrero de 1994 sobre arrendamientos rústicos. El arrendamiento enfiteútico. Dominio privado y público. Bien inmueble. Obra pública. Realización. Dominio comunal. Dominio público y privado. (ARANDA/SIERRA).

442. LORENZ, S.: «Mala fides superveniens im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Wissenszurechnung von Hilfspersonen», *JZ*, 1994, págs. 549-555.

Las reglas de la responsabilidad en las relaciones propietario-poseedor están estrechamente relacionadas con la buena fe. En el caso de mala fe sobrevenida está privilegiado el poseedor, porque la responsabilidad de éste se establece por el inicial conocimiento positivo del vicioso derecho a poseer. En este contexto, se suscitan importantes cuestiones sobre la relevancia que en su caso puede tener la mala fe de un tercero. El artículo se dedica a la cuestión, poco debatida hasta ahora, de la importancia que puede tener el conocimiento sobrevenido del carácter vicioso de la posesión por parte de los auxiliares del poseedor. (MPGR)

443. DE LUCA, F.: «In tema di diritti di utilizzazione economica dell'opera musicale: faultá di noleggjo e principio dell' "esauroimento del diritto"», *Dir Aut.* 1995, núm. 1, págs. 166-170.

Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal de Bari de 10 de diciembre de 1993 en materia de alquiler de compact disc sin el consentimiento del autor y del productor fonográfico. (ARG)

444. LUCAS: «Aperçu rapide sur la loi núm. 95-4 de 3 janvier 1995 relative à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie», *SJ*, núm. 6, 1995, Actualité.

Notas rápidas a la nueva ley en materia de gestión del derecho de reproducción por reprografía. (ARANDA/SIERRA)

445. LUISO, F.P.: «La tutela possessoria dopo la riforma del processo civile», *GC*, 1994, núm. 11, págs. II, 599-612.

Consideraciones acerca de la tutela posesoria tras la reforma de la ley núm. 353 de 1990: el proceso posesorio sumario, su fundamento, función, objeto, acciones, etc. (RDR).

446. MARAIS/MOREL: «Expropriation», *RDI*, 1995, núm. 1, págs. 84-88.

Nota a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre expropiación forzosa. (ARANDA/SIERRA)

447. MARAIS/MOREL: «Expropriation», *RDIm*, 1995, núm. 1, págs. 84-88.

Concepto jurisprudencial sobre utilidad pública. Procedimiento de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

448. MARAIS/MOREL: «Expropriation», *RDIm*, 1994, núm. 3, págs. 418-425.

Concepto jurisprudencial sobre utilidad pública. Procedimiento de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

449. MARTIN: «La saisie-attribution pratiquée pendant la période d'observation doit être dénoncée à peine de caducité au représentant des créanciers», *SJ*, 1995, núms. 16-17, II-22417.

Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de Grenoble de 27 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

450. MEGALE, F.: «Alcune novità in tema di rapporti contrattuali fra editori e traduttori», *Dir. Aut.*, 1994, núm. 3, págs. 371-377.

La presente contribución, destinada fundamentalmente a los traductores, tiene por objeto la revisión de las mejoras aportadas recientemente por algunos editores en los propios contratos de edición de traducción. (ARG)

451. MESSI, F.: «Il “posto-macchina” nella nuova conformazione legale del “bene-casa”», *GC*, 1995, núm. 4, págs. II, 155-168.

Acercamiento al problema del aparcamiento o plaza de garaje como complemento del bien-casa. (RDR).

452. MONACHON DUCHENE: «La forclusion biennale ne s’applique pas à l’action en revendication de la chose louée exercée par le crédit-bailleur», *SJ*, 1995, núm. 18, II, 22423.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil de 20 de diciembre de 1994, sección 1.^a. (ARANDA/SIERRA)

453. MORAND: «Comentario a la sentencia de la corte de casación civil de 8 de julio de 1992», *GP*, 1995, núms. 1-5, págs. 11-13.

Notas a la sentencia citada sobre unión de comunidades de propietarios para instalación de servicios. reparto de cargas y acción de rescisión. (ARANDA/SIERRA)

454. MOREL: «Expropriation», *RDI*, 1994, núm. 2, págs. 222-225.

Notas a diversas sentencias sobre expropiación: pago; y procedimiento. (ARANDA/SIERRA)

455. MOREL: «Expropriation», *RDI*, 1994, núm. 2, págs. 222-225.

Pago del justiprecio. Procedimiento de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

456. MOREL/LAMY: «Expropriation», *RDI*, 1994, núm. 1, págs. 29-32.

Notas a diversas sentencias sobre algunos aspectos de la expropiación forzosa. (ARANDA/SIERRA).

457. MOREL/LAMY: «Expropriation», *RDI*, 1994, núm. 1, págs. 29-31.

Pago del justiprecio. Procedimiento de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

458. MUSSO: «Les délaissements», *RDI*, 1994, núm. 2, págs. 193-200.

Emplazamientos reservados. Zonas de disfrute concertado. Declaración de utilidad pública. (ARANDA/SIERRA)

459. OLIVEIRO, F.: «Diritti d’autore ed emittenza radiotelevisiva: le ultime pronunce di legittimità e di costituzionalità», *Dir. Aut.* 1994, núm. 4, págs. 559-569.

Utilización abusiva de las obras del ingenio en el campo de la emisión privada. Últimas decisiones del Tribunal de casación en torno a la cuestión. (ARG)

460. PÉRINET-MARQUET: «La directive communautaire sur la jouissance à temps partagé», *RDI*, 1995, núm. 1, págs. 63-77.

La directiva 94/47 de 26 de octubre de 1994 sobre protección del adquirente de un derecho de utilización parcial de bienes inmobiliarios, es decir, de un adquirente de un piso en régimen de multipropiedad. Ambito y contenido de la protección. (ARANDA/SIERRA)

461. PÉRINET-MARQUET: «Chronique d’actualité: droit des biens», *SJ*, 1995, núm. 13, I-3835.

Situación del derecho de cosas en Francia: doctrina, jurisprudencia y legislación. (ARANDA/SIERRA)

462. PIOTRAUT: «Vices cachés et brevets d’invention: une application jurisprudentielle maladroite». *RDS* 1994, núm. 39, págs. 554-556.

Nota a la sentencia TGI París de 15 de octubre de 1993 sobre patentes y los derechos de patente. Su transmisión, la acción reivindicatoria, la venta y la garantía de vicios ocultos. (ARANDA/SIERRA).

463. PRALUS: «Le délit de risques causés à autrui dans ses rapports avec les infractions voisines», SJ, 1995, núm. 11, I-3830.

Análisis de los daños causados en las relaciones de vecindad por no respetar los deberes impuestos a cada propietario. (ARANDA/SIERRA)

464. PROVANSAL: «L'exécution forcée immobilière» GP, 1994, núm. 308 039, págs. 11-13.

Procedimiento antes de la ley de 10 de junio de 1994 que facilita la realización mediante la hipoteca (ARANDA/SIERRA)

465. RÉMERY/HONORAT: «La compétence du juge-commissaire pour refuser au Crédit foncier le bénéfice du paiement provisionnel du prix d'adjudication amiable d'un immeuble du débiteur en redressement judiciaire». RDS 1994, núm. 34, págs. 477-479.

Procedimiento, recurso, realización, garantía, adjudicación y precio.

466. RICCHIUTO, S.: «Diritto d'autore ed emittenza nell'interpretazione della giurisprudenza di merito», Dir. Aut. 1994, núm. 4, págs. 570-592.

Emisiones privadas y primera jurisprudencia de mérito sobre el derecho de autor de radiodifusión de la obra. Intervención al respecto del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia de los años ochenta. Los jueces de mérito de los años noventa en torno a la cuestión. (ARG)

467. ROBERT: «Les chemins d'exploitation», RDIm., 1944, núm. 3, págs. 389-393.

Análisis de estos caminos o servidumbres de paso definidas en el art. 162-1 del Código rural. Régimen de explotación y su desaparición. (ARANDA/SIERRA)

468. ROSELLO, C.: «Modi di acquisto della proprietà a titolo originario», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 687-698.

Información doctrinal y jurisprudencial sobre los diferentes modos de adquisición originaria de la propiedad: ocupación, invención, accesión, especificación, y nueva disciplina sobre aguas. (RDR).

469. ROUAULT: «La constitution de droits réels sur le domaine public», RDI, 1995, núm. 1, págs. 27-38.

La ley de 25 de julio de 1994 que completa el código del dominio del Estado. Análisis de la sección 3.^a de esta ley. Límites a su campo de aplicación. Disposiciones destructoras. (ARANDA/SIERRA)

470. ROUAULT: «Compétence des juridictions judiciaires en matière de contentieux du droit de rétrocession», SJ, núm. 5, 1995, IV, 321.

Comentario a la decisión de la CE de 28 de noviembre de 1994 en materia de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

471. RUSSO, P.: «Il problema del "marchio frazionato" ed il nuovo regime del marchio comunitario», GC, 1995, núm. 2, págs. II, 93-98.

Observaciones sobre el régimen de propiedad industrial (marcas) en el marco comunitario. (RDR).

472. SALVATORE, M.: «Cavo, satellite e tutela del diritto d'autore: la libera circolazione dei programmi televisivi nell'unione europea», GC, 1994, núms. 7-8, págs. II, 415-421.

Revisión del derecho de autor y derechos conexos, conforme a las principales convenciones internacionales (Convención de Berna de 1971 y Convención de Roma de 1961), especialmente en el ámbito de la difusión de programas de televisión por cable y vía satélite en la Unión Europea. (RDR).

473. DE SANCTIS, V.M.: «La colorazione del film», Dir. Aut. 1995, núm. 1, págs. 34-52.

Artículo dedicado al fenómeno del impacto de las nuevas tecnologías sobre la disciplina del derecho de autor, en concreto, si el procedimiento de coloración de una obra cinematográfica en blanco y negro puede considerarse de carácter creativo. (ARG).

474. SILBERKUHL, P.: «Das Wohnungsbauförderungsgesetz 1994», NJW, 1994, págs. 2721-2726.

El 1 de octubre de 1994 entró en vigor la Ley para la promoción de la construcción de viviendas, donde se contienen disposiciones para una nueva orientación de la construcción de viviendas sociales. (MPGR)

475. STEMMER: «Le fait que le syndicat des copropriétaires ait renoncé à contester un permis de construire n'interdit pas à un copropriétaire d'agir à titre individuel», SJ, 1995, núm. 2, II, 22364.

Nota a la sentencia del tribunal europeo de 7 de febrero de 1994. (ARANDA/SIERRA)

476. TENELLA SILLANI, C.: «Possesso», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 397-451.

Extensa recopilación bibliográfica y jurisprudencial en temas de posesión y usucapión: constitución, objeto, sujetos, pérdida, acciones posesorias, etc. (RDR).

477. TERESI, S.: «Brevi riflessioni sulla normativa SIAE nella distinzione tra iscritti e soci», Dir. Aut. 1994, núm. 3, págs. 431-439.

Naturaleza jurídica de la sociedad. Ente público y económico. Relaciones entre el juicio administrativo de legitimidad por exceso de poder y el juicio administrativo de mérito. (ARG)

478. TERESI, S.: Interdipendenza fra la Legge 22 maggio 1993 núm. 159 sulla reprografia di opere a stampa e l'art. 171, lett. a), LDA», Dir. Aut. 1994, núm. 4, págs. 634-638.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia de 18 de abril de 1994 en materia de reproducción abusiva de obras mediante reprografía. (ARG)

479. TERRACINA, D.: «Brevi considerazioni in ordine alla vendita di CD con riserva di gradimento», Dir. Aut. 1995, núm. 1, págs. 101-104.

Explicación de este negocio fraudulento que contraría la norma del ordenamiento italiano que prohíbe el alquiler de CD porque constituye tal alquiler una lesión de los derechos de los autores y de los productores de discos fonográficos. (ARG)

480. THEZILLAT, C.: «Le privilège du syndicat des propriétaires», GP, 1995, núm. 4-5, págs. 5-6.

Estudio del art. 34 de la ley 94-624 de 21 de julio que establece una preferencia a favor de una comunidad de propietarios para el cobro de la deuda de un propietario insolvente. (ARANDA/SIERRA)

481. TILLA, M. DE: «Sulla chiusura di un bene comune - nota a Cass. 8 gennaio 1994 núm. 154», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1921-1923. (RDR).

482. TILLA, M. DE: «Sui rapporti tra i comproprietari e tra i condomini anche in relazione alla proposizione di azioni giudiziarie - nota a Cass. 28 ottobre 1993 núm. 10732, Cass. 28 aprile 1993 núm. 5000, Cass. 9 febbraio 1993 núm. 1597 e Cass. 11 novembre 1992 núm. 12119», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1945-1949. (RDR)

483. TILLA, M. DE: «Sulla destinazione particolare del bene in condominio - nota a Cass. sez. un., 7 luglio 1993 núm. 7449», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1977-1980. (RDR).

484. TILLA, M. DE: «Azione del condomino per vizi dei beni comuni e responsabilità del conduttore-venditore - nota a Cass. 14 dicembre 1993 núm. 12304», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2564-2569. (RDR).

485. TILLA, M. DE: «Sulla azioni proponibili dai singoli condomini - nota a Cass. 12 de marzo de 1994 núm. 2393 e Cass. 12 de marzo de 1994 núm. 2392», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3162-3167. (RDR)

486. TILLA M. DE: «Installazione dell'ascensore nel condominio e norme dirette a favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche - nota a Cass. 25 giugno 1994 núm. 6109», GC, 1995, núm. 1, págs. I, 169-172. (RDR).

487. TOSI, E.: «Possesso e procedimenti possessori: tutela cautelare o sommaria? - nota a Trib. Piacenza 4 marzo 1994 (ord.)», GC, 1995, núm. 1, págs. I, 275-284. (RDR).

488. TRAMONTANO, R.: «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 1029 ss.

Tomando como punto de partida la sentencia de la Corte de Casación de 23 de febrero de 1993, núm. 2221, que reitera su jurisprudencia en este punto, se exponen y critican las teorías doctrinales más recientes acerca del momento a partir del cual debe entenderse transmitida la propiedad en las ventas inmobiliarias forzadas. (GD-PG).

489. TRIOLA, R.: «Vendita di fondo tra partecipanti ad impresa familiare e prelazione del confinante - nota a Cass. 7 ottobre 1994 núm. 8198», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 412-413. (RDR).

490. TRIOLA, R.: «Condominio e distanze legali - nota a Cass. 23 gennaio 1995 núm. 724», GC, 1995, núm. 3, págs. I, 667-672. (RDR).

491. TRIOLA, R.: «Nomina di società ad amministratore di condominio - nota a Cass. 24 dicembre 1994 núm. 11155 e Cass. 9 giugno 1994 núm. 5608», GC, 1995, núm. 3, págs. I, 678-679. (RDR)

492. UBERTAZZI, L.C.: «Fattispecie costitutive e registri», Dir. Aut. 1994, núm. 3, págs. 361-370.

Artículo dedicado al sistema de publicidad de los derechos de autor y otros derechos conexos a él. (ARG)

493. VENDITTI, A.: «Contratto preliminare e nuda proprietà - nota a Cass. 10 dicembre 1993 núm. 12155», GC, 1994, núm. 11, págs. I, 2932-2944. (RDR).

494. VÉRON: «De la déchéance powe inobservation des délais dans la procedure de saisie immobiliere», GP, 1995, núms. 162-164, págs. 2-4.

Análisis de los artículos 727 y 728 del Código de procedimiento civil francés. Sujeto, motivos, plazo y efectos de invocar esta posibilidad. (ARANDA/SIE-
RRA)

495. VILMART: «La protection des droits de propriété intellectuelle dans les accords du GATT» GP 1994, núms. 292-293, págs. 2-1.

Comentario a los mecanismos de protección internacional de la propiedad intelectual dados por los acuerdos del GATT de 15 de diciembre de 1993. (ARANDA/SIERRA)

496. VILMART: «La compétence de la communauté européenne en matière de protection de la propriété intellectuelle. Quelques réflexions sur avis 1/94 de la cour de justice del communautés de 15 novembre 1994», GP, 1995, núms. 46-47, págs. 7-12.

El litigio de competencias entre la comisión y los estados miembros. Argumentos de la comisión para justificar la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de propiedad intelectual. (ARANDA/SIERRA)

497. ZENATI: «Propriété et droits réels». RTDC 1994 núm. 4 págs. 888-898.

Comentario a sentencias sobre patrimonio y expropiación. (ARANDA/SIERRA).

498. ZENATI: «Propriété et droits réels» RTDC 1995, núm. 1, págs. 149-158.

La reserva de propiedad. La cláusula de acrecimiento y la servidumbre. (ARANDA/SIERRA).

499. ZINCONE, A.: «L'illecita riproduzione di opere d'arte in cataloghi di mostre», Dir. Aut. 1994, núm. 3, págs. 445-458.

La sentencia del Tribunal de Apelación de Roma de 23 de diciembre de 1992 afronta la problemática relativa a la inserción de reproducciones fotográficas de obras de arte en los catálogos de las muestras. Y, entre otras cuestiones, si el derecho de reproducción fotográfica de obras de arte pertenece al autor también con posterioridad a la venta del ejemplar original. (ARG)

500. ZINCONE, A.: «Diritti di distribuzione, noleggio e prestito: prime riflessioni sul recepimento della direttiva 92/100/CEE», Dir. Aut. 1995, núm. 1, págs. 70-100.

Implicaciones que posee la recepción en el ordenamiento italiano de la Directiva 92/100/CEE de 19 de noviembre de 1992 en materia de derecho de alquiler, derecho de préstamo y otros derechos conexos al derecho de autor. (ARG)

6. DERECHO DE FAMILIA

501. ANDREOLA, E.: «Sulla opponibilità della assegnazione della casa familiare nella separazione coniugale», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 341-359.

Estudio sobre la problemática atribución de la vivienda familiar en los casos de divorcio y separación, desde la perspectiva del Cc. y de la legislación especial, con aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. Determinación de la naturaleza del derecho del beneficiario y oponibilidad a terceros. (RDR).

502. ANTONINI, I.: «Mutamento del titolo di separazione tra coniugi: la Cassazione ci ripensa - nota a Cass. 7 dicembre 1994 núm. 10512», GC, 1995, núm. 1, págs. 1, 91-98. (RDR).

503. D'ARMI, P.: «L'accesione e il regime di comunione legale tra i coniugi nella giurisprudenza della Cassazione - nota a Cass. 16 febbraio 1993 núm. 1921», GC, 1995, núm. 1, págs. 1, 237-347. (RDR).

504. BALENA, G.: «Sui problemi derivanti dal “concorso” tra giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio (Nota a Cass. 9 dic. 1993, núm. 12144)», *FI*, 1995, núm. 1, I, págs. 279 ss.

Entre otros, se analizan los problemas a que ha dado lugar la derogación de la exclusiva jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad del matrimonio y la ley aplicable por el juez italiano. (GD-PG)

505. BEGHÉ LORETTI, A. Y ORLANDI, M.: «L'Adozione da parte di persona sola: in merito ad una non condivisibile interpretazione della Convenzione di Strasburgo - nota ad. App. Roma, sez. min., 28 novembre 1994 (decr.)», *GC*, 1995, núm. 1, págs. I, 252-271. (RDR).

506. BÉNABENT: «Incertitude sur le champ d'application de la déchéance du créancier alimentaire», *SJ*, 1995, núm. 14, II-22407.

Notas a la sentencia de casación civil, sección I, de 17 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

507. BONAMORE, D.: «Il principio di razionalità de verità della legge, le sentenze della Corte costituzionale e l'ingresso nell'ordinamento dell'adozione speciale da parte del singolo (art. 6 l. 22 maggio 1974 núm. 357) - nota a C. cost. 16 maggio 1994 núm. 183», *GC*, 1994, núm. 9, págs. I, 2107-2110. (RDR).

508. CANONICO, M.: «Brevi note sulla riserva di giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici dopo la sentenza núm. 421/1993 della Corte Costituzionale», *DFP*, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 498-513.

Anotaciones a esta resolución de la Corte Constitucional respecto a la antigua problemática del reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (ARG)

509. CAPUTO, E.: «Frazionamento della decisione nei giudizi di separazione - nota a Trib. Como 13 giugno 1994», *GC*, 1995, núm. 4, págs. I, 1106-1107. (RDR).

510. CARUSO, A.M.: «Il compimento della maggiore età a diciotto anni tutela il minore?» *DFP*, 1994, núm. 3, parte primera, págs. 1010-1011.

Comentario al Decreto del Tribunal de Apelación de Milán de 3 de enero de 1994 sobre el derecho de un menor, sometido a tutela, a que se le sigan otorgando una serie de prestaciones asistenciales, una vez llegada la mayoría de edad. (ARG)

511. CATTANEO, G.: «Adozione», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 673-686.

Revisión bibliográfica y jurisprudencial en tema de adopción, desde las escasas innovaciones introducidas por la Ley sobre ciudadanía de 1992, núm. 91, y aportaciones de los Tribunales. (RDR).

512. CHARTIER: «Maternité de substitution: nouveau coup d'arrêt». *RDS* 1994, núm. 42, págs. 581-582.

Nota a la sentencia de casación I.^a Civil de 29 de junio de 1994 sobre la adopción simple. Madres adoptivas, abandono del niño, contrato sobre el cuerpo humano: nulidad. Estado de capacidad de las personas. (ARANDA/SIERRA).

513. CHARTIER/DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: la situation des créanciers personnels du conjoint face à la procédure ouverte contre un débiteur marié sous un régime de communauté». *RDS* 1995, núm. 10, págs. 145-149.

Nota a la sentencia de casación de la asamblea plenaria de 23 de diciembre de 1994 sobre la liquidación judicial del régimen matrimonial de comunidad de bienes que no modifica el derecho de los acreedores sobre el conjunto de bienes del matrimonio. (ARANDA/SIERRA).

514. DI CHIARA, G.: «Premesse in facto nella motivazione della sentenza penale e dinamiche del vincolo extrapenalé sugli "altri" giudici civili od amministrativi», *DFP*, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 81-93.

Notas a la sentencia del Tribunal de Casación de 8 de julio de 1993 núm. 7482 sobre la relevancia de la sentencia penal en el proceso civil de nulidad de la inscripción del matrimonio concordatario. (ARG)

515. CIAVATTONI, S.: «Adeguamento dell'assegno di mantenimento - nota a Cass. 2 marzo 1994 núm. 2051», *GC*, 1994, núm. 10, págs. I, 2539-2540. (RDR).

516. COMO, G.: «Interesse del minore e fecondazione artificiale», *DFP*, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 370-385.

Procreación e inseminación. Inseminación y «derecho a la procreación». Filiación y familia natural. Procreación artificial y tutela jurídica del menor. (ARG)

517. COMPORTI, M.: «Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio», *FI*, 1995, núm. 3, V, págs. 105 ss.

Se analiza una reciente jurisprudencia que estima que los acuerdos preventivos entre los cónyuges acerca del régimen económico del divorcio son nulos radicalmente por ilicitud en la causa. (GD-PG)

518. CONTE, M.: «Accordi modificativi successivi alla separazione omologata e controllo giurisdizionale: tra moglie e marito non metter... l'omologa...», *DFP*, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 248-249.

Comentario del Decreto del Tribunal de Marsala de 23 de diciembre de 1994 relativo a la eficacia de los acuerdos no homologados posteriores a la separación consensual. (ARG)

519. COSSU, C.: «Filiazione legittima», *RDC*, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 177-191.

Información bibliográfica y jurisprudencial, y conclusiones sobre diversos temas relativos a filiación legítima y nuevas técnicas de fecundación artificial, en relación con el consentimiento del marido a la inseminación de la mujer y el estado del hijo. (RDR).

520. COSTANZA, M.: «Adottare é un diritto di tutti?» *DFP*, 1994, núm. 3, parte segunda, págs. 1079-1083.

Análisis de la resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 8 de febrero de 1994, que afirma el derecho de la pareja homosexual a la adopción de menores. (ARG)

521. CROCCO, L.: «L'évolution du droit de la filiation et de l'autorité parentale», *GP*, 1995, núms. 132-133, págs. 7-15.

Estudio del tema a propósito de la sentencia de la corte de casación civil de 9 de marzo de 1994 sobre hijo concebido por inseminación artificial. (ARANDA/SIERRA)

522. DOGLIOTTI, M.: «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja». *DFP*, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 263-272.

Problemática de la adopción internacional, esto es, la adopción que se caracteriza por la diversa ciudadanía de adoptado y adoptante. Fenómeno que carece de reglamentación en el ordenamiento italiano hasta la ley núm. 184 de 1983; ley que regula dos aspectos: el más frecuente, que es la adopción de menores extranjeros por parejas italianas, y el segundo que consiste en la adopción en el extranjero de niños italianos. (ARG)

523. DORIA, G.: «Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati», DFP, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 559-572.

Notas a la sentencia del Tribunal de Casación de 24 de febrero de 1993 núm. 2270 en materia de separación. (ARG)

524. DOSI, G.: «Sistema giudiziario, conflittualità familiare e mediazione», DFP 1994, núm. 2, parte segunda, págs. 763-777.

Análisis de las diversas modalidades de gestión existentes en el sistema legal tradicional para solucionar los conflictos conyugales. Propuesta de la mediación como oferta específica de negociación, medida capaz de recuperar el significado de la gestión equilibrada del conflicto y, por tanto, de garantizar mayor estabilidad a los acuerdos de las partes. (ARG)

525. DOSI, G.: «L'avvocato per la famiglia e per i minori», DFP, 1994, núm. 3, parte segunda, págs. 1127-1138.

Función social del abogado en el procedimiento de tutela de la familia y de los menores. (ARG)

526. EBENE, C.: «Disposizioni in materia di cognome aggiunto per affiliazione ex articolo 408 del codice civile (abrogato) (l. 20 gennaio 1994, núm. 48)», NLCC, 1995, núm. 2, págs. 344-348.

El instituto de la *affiliazione*, su derogación. La función asistencial y el problema de un status de «quasi figlio». La atribución del apellido del *affiliante* como efecto eventual.

Apellidos y status en el significado de la reciente normativa. (RDR).

527. FERRARI, L.: «Ancora un contributo della Corte di cassazione al problema del rapporto tra pensione di reversibilità e assegno di divorzio - nota a Cass. 12 novembre 1994 núm. 9528», GC, 1995, núm. 4, págs. I, 946-949. (RDR).

528. FERRO, G.B.: «Il problema della maternità de substitution e della liceità del contratto relativo: le ipotesi di soluzione nel contesto della legislazione civile francese e italiana e della Common Law statunitense», DFP, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 28-55.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación Francés de 30 de mayo de 1991 en materia de procreación artificial. (ARG)

529. FRANZONI, M.: «I contratti tra conviventi "more uxorio"», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 737 ss.

Se analiza la validez y eficacia jurídica de las estipulaciones que los conviventes «more uxorio» pueden acordar con el fin de regular los efectos económicos de su relación en los denominados «contratos de convivencia». (GD-PG)

530. FREZZA, G.: «Su alcuni aspetti patrimoniali della separazione e del divorzio (nei rapporti fra coniugi) - nota a Cass. 2 marzo 1994 núm. 2051», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2540-2552. (RDR).

531. FREZZA, G.: «Coniuge divorziato e trattamento pensionistico di reversibilità - nota a Cass. 26 luglio 1993 núm. 8335», GC, 1994, núm. 11, págs. I, 2964-2973. (RDR).

532. GALOPPINI, A.M.: «Affidamento dei figli nella crisi coniugale e trasformazione dei ruoli genitoriali». DFP 1994, núm. 2, parte segunda, págs. 725-740.

Análisis de la transformación sufrida por el papel de cada uno de los padres respecto a la relación con sus hijos y, en especial, en materia de la custodia de los mismos en situaciones de crisis conyugal. (ARG)

533. GALUPPI, G. - GRASSO, L.: «Lo psicologo e il giudice di fronte all'adozione internazionale: rimedi possibili per superare le attuali inadeguatezze normative ed operative», DFP 1994, núm. 2, parte segunda, págs. 741-762.

Breve repaso de las diferencias entre la adopción nacional y la internacional y de los problemas que la adopción suscita en la actualidad; sobre todo en materia de valoración de la idoneidad de los adoptantes. (ARG)

534. GARAVINI, C.M. - BORTOLOTTI, G.: «Il ruolo dei Servizi territoriali», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1396-1405.

Reflexión sobre las diversas competencias de los entes locales en materia de tutela, abandono, etc. de menores. (ARG)

535. GEFFROY: «L'application de l'article 348-6 du code civil aux pupilles del l'Etat», RDS, 1995, núm. 7, págs. 113-116.

Nota sobre la sentencia CA de Rennes de 16 de marzo de 1993 sobre adopción plena. Consentimiento. Consejo de familia. Pupilos del estado e interés del menor. (ARANDA/SIERRA).

536. GHERRO, S.: «Requiem per un'interpretazione distruttiva del matrimonio concordatario», DFP, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 520-526.

Importancia de la sentencia de la Corte Constitucional de 1 de diciembre de 1993 núm. 421 respecto a la problemática matrimonio religioso-ordenamiento civil. (ARG)

537. GIAIMIO, G.: «Biogenetica e nuove frontiere del diritto: brevi considerazioni in margine al caso Hecht v. Kane», DFP, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 582-591.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de California de 17 de junio de 1993 en materia de fecundación artificial y, en concreto, sobre el derecho de propiedad del testador respecto a su propio líquido seminal. (ARG)

538. GIRON: «Prestation compensatoire et pension alimentaire face à la réalité du divorce». RDS 1994, núm. 33, págs. 262-266.

Confusión plasmada en el Código Civil tras la reforma de 1975. Originalidad. Realidad socio-económica enfrentada a la ley. (ARANDA/SIERRA).

539. GROUTEL: «La prestation compensatoire et l'assurance», RDS, 1995, núm. 1, págs. 11-15.

Nota a la sentencia de casación 2.^a Civil de 24 de noviembre de 1993 sobre el divorcio y sus efectos. La prestación compensatoria, garantías y seguridades. (ARANDA/SIERRA).

540. GUGLIELMI, M.: «Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale - nota a C. cost. 16 maggio 1994 núm. 183», GC, 1994, núm. 9, págs. 1, 2110-2113. (RDR).

541. JAHEL: «La lente acculturation du Droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français», RCDI, 1994, núm. 1, págs. 31-58.

Influencia del Corán en el derecho de la familia magrebí. Reglas discriminatorias para la mujer por causa de la religión musulmana. Intento de igualdad. (ARANDA/SIERRA)

542. JAJME, E.: «Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca», RDC, 1995, núm. 1, parte prima, págs. 71-80.

Acercamiento al Derecho alemán, con apuntes de Derecho comparado y declaraciones judiciales, a propósito de la reforma introducida por Ley de 16 de diciembre de 1993, relativa al régimen jurídico del apellido en el Derecho de familia, con clara pre-

valencia de los derechos de la personalidad sobre los principios de orden público. (RDR).

543. KÖBL, U.: «Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?», *JZ*, 1994, págs. 840-851.

¿Qué medidas se recomiendan para mejorar la compatibilidad entre trabajo y familia? (MPGR)

544. KOLLHOSSER, H.: «Ehebezogene Zuwendungen und Schenkungen unter Ehegatten», *NJW*, 1994, págs. 2313-2319.

Durante el matrimonio los cónyuges se transmiten numerosos bienes. El trabajo analiza la tipología de tales transmisiones, si se trata de donaciones o de otros negocios jurídicos singulares y en qué medida esa diferencia conduce a distintas consecuencias jurídicas. La elección del régimen de comunidad de bienes puede conducir a un aumento de los bienes del que menos tiene. En el régimen legal de participación y en el pactado de separación de bienes, también se producen numerosas transmisiones individuales, especialmente del cónyuge que desempeña una profesión al que se ocupa del cuidado de la casa. El régimen jurídico de tales transmisiones es analizado desde la problemática de las relaciones con terceros y desde la problemática interna que se plantea sobre todo a raíz de la disolución del vínculo matrimonial. (MPGR)

545. LACROCE, L.: «Quale giurisdizione per lo Stato sul "matrimonio concordatario"? - nota a Cass. 26 marzo 1993 núm. 3635», *GC*, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1990-1995. (RDR).

546. LENTI, L.: «Procreazione artificiale», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 381-396.

Bibliografía y jurisprudencia en torno a los problemas y puntos de vista derivados del empleo de técnicas artificiales de reproducción asistida: el gameto y el genoma, la atribución de paternidad y maternidad en diversas circunstancias, derechos del nacido a conocer su origen. (RDR).

547. LILLO, P.: «Corte Costituzionale e riserva di giurisdizione in materia matrimoniale», *DFP*, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 476-498.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 1 de diciembre de 1993 núm. 421; que supone una contribución real a la clarificación de la vieja cuestión referida a la exclusividad de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos sobre causas de nulidad de matrimonios eclesiásticos a efectos civiles. (ARG)

548. LILLO, P.: «La famiglia nel diritto pubblico (A proposito di un recente Convegno)», *DFP*, 1994, núm. 3, parte segunda, págs. 1139-1148. (ARG)

549 LILLO, P.: «Famiglie "musulmane" e diritti "fondamentali" dell'uomo», *ARCHIV. GIUR.*, 1995, 1, págs. 91-119.

Estudio de los problemas que, a efectos del Derecho de Familia, implica la inmigración de musulmanes en Italia (la poligamia, el repudio,...). (CJD)

550. MALAURIE: «L'évolution actuelle du droit de la famille», *GP*, 1995, núms. 132-133, págs. 4-7.

El autor realiza su estudio comenzando con una evolución histórica de la familia: concepto de familia: continúa con las diversas ramas del derecho que regulan la familia y termina con una visión actual del tema. (ARANDA/SIERRA)

551. MARINELLI, F.: «Il diritto di famiglia venti anni dopo», GC, 1995, núm. 1, págs. II, 27-43.

Evolución del Derecho de familia y sus reformas: Objeto y fuentes, situaciones jurídicas subjetivas, capacidad y ciudadanía, matrimonio, separación y divorcio, régimen patrimonial, filiación, adopción, etc. (RDR).

552. MARNIERRE: «Responsabilité de l'État au cas de mauvais fonctionnement du conseil de famille», RDS, 1994, núm. 37, págs. 530-532.

Nota a la sentencia CA París de 21 de enero de 1994 sobre el consejo de familia. Tutela. Responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento del consejo de familia. (ARANDA/SIERRA).

553. MASCHIO, E.: «Minori ed interventi di sostegno in loro favore», DFP, 1994, núm. 3, parte primera, págs. 1017-1025.

Notas al Decreto del Tribunal de Menores de Venecia de 16 de abril de 1993 sobre las medidas adoptadas en interés del menor en casos de relaciones conyugales en profunda crisis. (ARG)

554. MASSARI, I.: «Il cognome di famiglia nella nuova legge tedesca», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 573-580.

Aproximación al Derecho alemán, comparado con el italiano, a propósito de la nueva ley alemana sobre el apellido familiar, tras el impacto de una sentencia sobre el tema, reforzando la igualdad de derechos entre cónyuges. (RDR).

555. MASSIP: «Possibilité pour le juge des référés d'ordonner, en matière de filiation, une expertise sanguine avant tout procès au fond». RDS 1994, num. 39, págs. 545-546.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 4 de mayo de 1994 sobre la afiliación natural. El reconocimiento del hijo natural y su oposición. Los exámenes sanguíneos. (ARANDA/SIERRA).

556. MASSIP: «Le placement d'un majeur sous un régime de protection est subordonné à la constatation de l'altération de ses facultés par un médecin spécialiste», RDS, 1995, núm. 3, págs. 37-39.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 15 de junio de 1994 sobre los mayores incapaces: la curatela. Alteración de las facultades físicas y mentales. Tratamiento médico. (ARANDA/SIERRA).

557. MELI, M.: «Sulla nullità dei matrimoni concordatari hanno ancora giurisdizioni esclusiva i Tribunali canonici?», DFP, 1994, núm. 3, parte primera, págs. 828-836.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 1 de diciembre de 1993 núm. 421 en relación a la reserva de jurisdicción a favor de los tribunales eclesiásticos en las causas relativas a la validez del matrimonio canónico inscrito. (ARG)

558. MIRABAIL: «Expertise biologique dans l'action en recherche de paternité naturelle. Anciennes et nouvelles barrières à sa prescription immédiate», RDS, 1995, núm. 6, págs. 98-100.

Nota a la sentencia CA de Toulouse de 21 de junio de 1994 sobre filiación natural. Investigación de la paternidad. Examen sanguíneo. (ARANDA/SIERRA).

559. MONETA, P.: «La Corte Costituzionale e la riserva di giurisdizione ecclesiastica», DFP, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 513-520.

Anotaciones breves a la sentencia de la Corte Constitucional de 1 de diciembre de 1993 núm. 421 en materia de jurisdicción eclesiástica matrimonial. (ARG)

560. MUSSELLI, L.: «*Bonum coniugum*» e nullità del matrimonio canonico», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1340-1346.

El «*bonum coniugum*» como un nuevo fin primario del matrimonio. «*Bonum coniugum*» y capacidad «*contrahendi matrimonium*». «*Bonum coniugum*» y simulación parcial. (ARG)

561. PAGNON: «*Droit à l'octroi des prestations familiales au bénéfice de tiers recueillants*», RDS, 1995, núm. 3, págs. 39-42.

Notas a la sentencia de casación soc. de 25 de noviembre de 1993 sobre aportaciones familiares al sostenimiento de la familia. No es necesario que el aportador tenga una obligación de alimentos ni un título jurídico que le confiera la guarda del menor. (ARANDA/SIERRA).

562. PAILLET: «*Rôle du conjoint dans l'ouverture et l'organisation d'une administration légale*», SJ, 1995, núm. 23, II, 22439.

Comentario a la sentencia del tribunal de casación civil, sección primera, de 23 de marzo de 1994 en materia de tutela. (ARANDA/SIERRA)

563. DAL POZZO, F.: «*Identità personale e omosessualità*», ARCHIV. GIUR, 1995, I, págs. 83-89.

Reflexiones acerca de la admisibilidad o no del matrimonio entre personas del mismo sexo. (CJD)

564. QUADRI, E.: «*Persone e famiglia*», RTDPC, 1994, núm. 1, pág. 163 ss.

Estudia la jurisprudencia más reciente en materia de atribución de pensiones de viudedad y mantenimiento económico de los hijos mayores de edad cuando se ha producido el fallecimiento de uno de los cónyuges divorciados. (GD-PG).

565. QUARANTA, A.: «*Comunione legale e situazione giuridiche strumentali*», DFP, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 56-61.

Notas a la sentencia del Tribunal de Casación de 18 de junio de 1992 núm. 7524 relativa a la adquisición de un fondo rústico por parte de un cónyuge en calidad de mandatario sin representación. (ARG)

566. ROGNER, J.: «*Rechtliche Folgen einer Beendigung der Prozeßstandschaft im Unterhaltsprozeß durch Volljährigwerden des Kindes*», NJW, 1994, págs. 3325-3329.

Consecuencias jurídicas de la extinción de la legitimación procesal de los padres en un juicio de alimentos por alcanzar los hijos la mayoría de edad. (MPGR)

567. RUBELLIN-DEVICHI: «*Chronique d'actualité: Droit de la famille*», SJ, 1995, núm. 1, I, 3813.

Posición de la doctrina y de la jurisprudencia francesas en el ámbito del Derecho de familia. (ARANDA/SIERRA)

568. RUBELLIN-DEVICHI: «*Nullité de l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse*», SJ, 1995, núm. 2, II, 22362.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 29 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

569. RUBELLIN-DEVICHI: «*Chronique d'actualité: Droit de la famille*», SJ, 1995, núm. 25, I, 3855. (ARANDA/SIERRA)

570. SACCHETTI, L.: «Diritti del bambino e diritti degli altri», DFP, 1994, núm. 4, parte segunda, págs. 1347-1358.

Descripción y propuesta de solución de los problemas derivados del peligro que supone en ocasiones la permanencia de un menor dentro del contexto familiar. (ARG)

571. SAGUTO, G.S.: «La disciplina del matrimonio nelle Intese tra la Repubblica italiana e confessione religiose diverse dalla cattolica», DFP, 1994, núm. 2, parte segunda, págs. 778-801.

Estudio de diversas cuestiones referentes al régimen del matrimonio previsto en los tratados realizados por el Estado italiano y cuatro confesiones religiosas diversas de la católica entre 1984 y 1989. (Formalidades preliminares, celebración del matrimonio, figura del ministro de culto, relación entre la confesión y el Estado, naturaleza jurídica del matrimonio, inscripción...). (ARG)

572. SANTINI, F.: «Comunione legale tra coniugi e procedimento di vendita di alloggi di edilizia economica e popolare», DFP, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 319-334. (ARG)

573. DE SANTIS, F.: «La posizione processuale dell'istituzione intermediaria nella Convenzione di New York sul riconoscimento degli obblighi alimentari (Nota a Cass. 4 mayo 1994, núm. 4327)», FI, 1995, núm. 1, I, págs. 222 ss.

Análisis de la aplicación del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre el reconocimiento en el extranjero de las obligaciones alimentarias. (GD-PG)

574. SCALISI, V.: «Giurisdizione e diritto applicabile nelle cause di nullità del matrimonio concordatario», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 741-769.

Observaciones en torno al matrimonio concordatario: naturaleza y esencia, efectos civiles y determinación de jurisdicción y Derecho aplicable en las causas de nulidad. (RDR).

575. SEETZEN, U.: «Sozialhilfeleistung und Unterhaltsprozeß», NJW, 1994, págs. 2505-2509.

Las implicaciones procesales de los derechos de alimentos de las personas que disfrutan de ayudas sociales, son siempre complicadas. En el presente artículo se da una panorámica de la actual situación de la jurisprudencia alemana al respecto. Además se expone el significado de las prestaciones sociales en la medida de las prestaciones alimenticias privadas. (MPGR)

576. SERIAUX: «Des limites de la piété filiale», SJ, 1995, núm. 19, II, 224-25.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección 1.^a de 12 de julio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

577. SIMLER/WIEDERKEHR/STORCK: «Cronique d'actualité: Régimes matrimoniaux», SJ, núm. 5, 1995, I, 3821.

Breve estudio sobre la doctrina y jurisprudencia francesa más reciente en materia de regímenes matrimoniales. (ARANDA/SIERRA)

578. UDA, G.M.: «Presunzione di paternità biologica, filiazione legittima e contestazione di legittimità», DFP, 1994, núm. 3, págs. 917-993.

Notas a la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 15 de diciembre de 1992 en materia de filiación. (ARG)

579. VAREILLE: «Régimes matrimoniaux» RTDC 1994, núm. 4, págs. 924-932.

La comunidad de bienes y su gestión. Régimen legal y convencional. (ARANDA/SIERRA).

580. VAREILLE: «Régimes matrimoniaux» RTDC 1995, núm. 1, págs. 171-175.

Régimen de comunidad y régimen de separación. (ARANDA/SIERRA).

581. VENDITTI, A.: «Comunione tra coniugi e convenzioni ampliative», DFP, 1995, núm. I, parte segunda, págs. 273-308.

Nuevas ampliaciones de la esfera de la autonomía privada de los cónyuges para la reglamentación de sus relaciones patrimoniales. (ARG)

582. VIVIANI, A.: «Adozione di minori stranieri e principi fondamentali dell'ordinamento italiano», GC, 1994, núm. 9, págs. II, 433-441.

Observaciones en torno a la figura de la adopción de menores extranjeros y el control judicial. Principios fundamentales del Ordenamiento italiano y del Derecho internacional privado en favor de la protección de los intereses del menor. (RDR).

583. ZIINO, S.: «Nuovo procedimento cautelare e provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole», DFP, 1994, núm. 4, parte primera, págs. 1271-1286.

Comentario a la resolución del Tribunal de Catania de 21 de julio de 1993, sentencia que resuelve algunos problemas de interpretación surgidos a raíz de la entrada en vigor de la nueva disciplina sobre procedimiento cautelar, introducida por la ley de 26 de noviembre de 1990 núm. 353. (ARG)

7. DERECHO DE SUCESIONES

584. AZZARITI, G.: «Sull diritto o meno del coerede a riscuotere anche prima della divisione la quota parte di un credito ereditario», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 361-364.

Aproximación, con ocasión de la Cass. II, sez., 13 ottobre 1992, núm. 11128, al tema del derecho del coheredero a cobrar, también antes de la división, la parte de un crédito hereditario, superando la máxima «nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur». (RDR).

585. BOULANGER: «La portée de la rétractation d'une renonciation à succession à l'encontre des droits concurrents de l'État», RDS, 1994, núm. 36, págs. 505-506.

Nota a la sentencia de casación I.^a Civil de 6 de abril de 1994 sobre sucesiones. Renuncia. Sucesión en desherencia. El Estado. (ARANDA/SIERRA).

586. CONTINO, E.: «Transazione contestuale all'atto divisionale e rescissione per lesione - nota a Cass. 2 febbraio 1994 núm. 1029», GC, 1994, núm. 9, págs. I, 2264-2266. (RDR).

587. COSTANZO, P.: «L'interpretazione del testamento attraverso le norme sulla interpretazione del contratto - nota a Cass. 28 dicembre 1994 núm. 12861», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3185-3199. (RDR).

588. DAGOT: «L'usufruit légal du conjoint survivant dans le projet de réforme du droit successoral», SJ, núm. 6, 1995, I-3822.

Estudio al derecho de usufructo legal en favor del cónyuge viudo según el proyecto de ley en la materia de 1995. (ARANDA/SIERRA)

589. ESCH, G.: «*Letztwillige Teilungsanordnungen. Zur steuer- und bürgerlich-rechtlichen Interpretation*», *BB*, 1994, págs. 1651-1654.

El artículo analiza desde los puntos de vista fiscal y civil las disposiciones partitivas de última voluntad y los problemas que las mismas plantean en la jurisprudencia cautelar. (MPGR)

590. FORCHIELLI, P.: «*Acquisto dell'immobile con denaro del defunto e certezza del diritto*», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 47 ss.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 5 de agosto de 1992, núm. 9282 sobre la colación hereditaria de un bien inmueble pagado con dinero del difunto e inscrito directamente a nombre del donatario-heredero, en el que el Tribunal retiene que debe ser el inmueble objeto de la colación y no el dinero con el que se adquirió. (GD-PG)

591. FORMIGGINI, A.: «*L'oggetto della collazione nelle donazioni indirette*», *RTDPC*, 1994, núm. 3, pág. 769 ss.

Se defiende el giro reciente que ha dado la doctrina jurisprudencial de la casación italiana en el sentido de que las donaciones indirectas de inmuebles son en sí mismas donaciones de inmuebles y que, por consiguiente, son los propios inmuebles donados objeto de colación y no el dinero invertido por el donante para su adquisición. (GD-PG).

592. FUSI, F.: «*L'autografia nel testamento olografo*», *GC* 1994, núms. 7-8, págs. II, 381-393.

Observaciones en torno a los peculiares caracteres de la autografía en el testamento ológrafo. Métodos gráficos e instrumentales en la redacción e ingerencia de terceros en la realización del testamento. (RDR).

593. GRIMALDI: «*Revirement de jurisprudence rétablissant la distinction entre le rapport des dettes et le rapport des liberalites: les dettes sujettes à rapport ne sont pas soumises au valorisme régissant le rapport des libéralités*», *RDS*, 1995, núm. 6, págs. 88-91.

Nota sobre la sentencia de casación 1.^a Civil de 29 de junio de 1994 sobre sucesiones. El reparto sucesorio. Valoraciones en dinero. (ARANDA/SIERRA).

594. DE LORENZO, C.: «*Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente (Nota a Cass. 8 feb. 1994, núm. 1257)*», *FI*, 1995, núm. 2, I, págs. 614 ss.

Se estudia el problema de si el bien inmueble comprado con dinero del causante debe ser traído a colación por el donatario heredero, aunque esté inscrito a su nombre. (GD-PG)

595. MARUFFI, F.: «*La composizione qualitativa della quota di riserva*», *RDC*, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 151-163.

Análisis de la necesidad o no de respetar una igualdad cualitativa de la cuota legítimaria hereditaria, con referencias doctrinales y jurisprudenciales del Derecho italiano y comparado. (RDR).

596. MENGONI, L.: «*Successioni*», *RTDPC*, 1994, núm. 1, pág. 179 ss.

Comenta, entre otros temas, la última jurisprudencia sobre los derechos sucesorios del hijo natural que ha obtenido la declaración de filiación después de haberse abierto la sucesión del padre. (GD-PG).

597. MUSCHELER, K.: «*Testamentsvollstreckung über Erbteile*», *ACP*, 1995, págs. 35-67.

La figura del ejecutor testamentario se encuentra ampliamente regulada en el BGB con normas de carácter dispositivo que sirven para integrar la voluntad del testa-

dor. El autor se centra en los problemas que surgen cuando dicha voluntad se ha manifestado en el sentido de circunscribir las funciones del ejecutor a determinados bienes o a una parte de la herencia (IGP).

598. MOULY: «La mention manuscrite du conjoint», SJ, 1995, núm. 14, 1-3836. (ARANDA/SIERRA)

599. PATARIN: «Successions et libéralités». RTDC 1994, núm. 4, págs. 912-923.

Partición. Pagos de la herencia. Donación simulada. (ARANDA/SIERRA).

600. PATARIN: «Successions et libéralités». RTDC 1995, núm. 1, págs. 159-170.

Partición, acrecimiento y revocación. (ARANDA/SIERRA).

601. PIETROSANTI, F.: «Impugnazione a nome del successore con procura del «de cuius» (Nota a Cass. 27 enero 1994, núm. 833)», FI, 1995, núm. 3, I, págs. 933 ss. (GD-PG)

602. RANDO, D.: «Delazione simultanea e accettazione dei chiamati in subordine - nota a Cass. 16 agosto 1993, núm. 8737», GC, núm. 12, págs. I, 3241-3244. RDR).

603. SANTUCCI, G.: «Delazione ereditaria e chiamati successivi», RTDPC, 1995, núm. 1, pág. 365 ss.

Análisis de los artículos 480 y 943 del Código civil italiano sobre la naturaleza prescriptiva o caducable de la acción de reclamación de la herencia y la delección hereditaria. (GD-PG)

604. TOTI, B.: «La rilevanza delle cause di invalidità nell'applicazione dell'art. 590 c.c. - Parte prima», RDC, 1995, núm. 2, parte prima, págs. 215-269.

Estudio de los actos de confirmación y ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias nulas. La naturaleza jurídica y los límites de aplicación de la excepcional medida sanatoria del art. 590 Cc. (RDR).

605. VALCAVI, G.: «Applicabilità dell'art. 600 c.c. a una fondazione straniera istituita da un testatore italiano», RDC, núm. 2, parte seconda, págs. 171-175.

Observaciones en torno al problema de la capacidad de suceder por testamento de persona extranjera, física o jurídica. según el Derecho internacional privado. (RDR).

606. VITA DE GIORGI, M.: «Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte costituzionale», NLCC, 1995, núm. 2, págs. 415-428.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994, núm. 372, sobre el daño biológico a causa de muerte.

Repercusión en el Derecho sucesorio, la atribución *iure proprio* al cónyuge de la víctima. (RDR).

8. VARIAS

607. AAVV: «Número especial sobre la protección de especies y la caza», GP, 1995, núms. 32-33, págs. 4-36. (ARANDA/SIERRA)

608. BAKER/McKENZIE: «*République Populaire de Chine: Informations juridiques sur diverss domaines*». GP 1995, núms. 81-82, pág. 20.

Pequeña información sobre distintas materias: servicio de taxis, donaciones y regalos. actividades religiosas, adopción y lucha contra las grandes bandas. (ARANDA/SIERRA)

609. BELLANTUONO, D.: «*La conversione in affitto di contratti associativi: la grande illusione* (Nota a Cass. 28 nov. 1994, núm. 10130)», FI, 1995, núm. 2, I, págs. 522 ss.

Se trata la naturaleza jurídica de la conversión de un contrato asociativo en arrendamiento (¿novación o no?). (GD-PC)

610. CRESCENZI, V.: «*La rilevanza dell'opinione dei giuristi negli attuali ordinamenti di diritto comune: Andorra e San Marino*», RDC, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 129-149.

Observaciones relativas a la función de la doctrina como instrumento a tener en cuenta en la interpretación judicial del Derecho. (RDR).

611. CRISCI, S.: «*L'impresa radio-televisiva: profili pubblicistici*», ARCHIV. GIUR., 1995, I, págs. 45-82.

Consideraciones en torno a la actividad de radio y televisión. A efectos jurídicos constituye una actividad empresarial, con independencia de cuáles sean los móviles que la impulsen. Conveniencia de la consideración de la actividad radio-televisiva como servicio público reservado al Estado: la concesión administrativa. Contratos propios de la actividad radio-televisiva. (CJD)

612. DELMAS-MARTY: «*Réinventer de droit commun*». RDS 1995, núm. 1, págs. 1-4.

Recorrido histórico y perspectivas nuevas en derecho común. (ARANDA/SIERRA).

613. DOSSETTI, G.; «*I valori della costituzione italiana*» ARCHIV. GIUR., 1995, I, págs. 3-21.

Reflexiones críticas en torno al origen de la constitución italiana, y a su posible revisión. (CJD)

614. JAMIN: «*L'oubli et la science*», RTDC, 1994, núm. 4, págs. 815-827.

Evolución de la doctrina privatística francesa de finales del siglo XIX y principios del XX. (ARANDA/SIERRA).

615. KREBS, P.: «*Die Begründungslast*», ACP, 1995, págs. 172-211.

La expresión «Begründungslast» no se encuentra habitualmente en los Manuales de Metodología jurídica, pero, según el autor, se aplica, al menos intuitivamente, por doctrina y jurisprudencia. Se trata de la carga de fundamentar o argumentar la solución jurídica del caso planteado, cuya justificación teórica y trascendencia práctica se exponen junto con el análisis de reglas concretas referidas a esta «carga de la argumentación» y sus manifestaciones en la interpretación y aplicación de la ley, de la regla contractual y en la doctrina jurisprudencial (IGP).

616. LEGAIS: «*L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*», RCDI, 1994, núm. 2, págs. 347-358.

La utilización forzosa del derecho comparado por los tribunales franceses. La realidad de la práctica de este derecho comparado. La libre utilización del derecho comparado. (ARANDA/SIERRA)

617. LENZ, C.O.: «Rechtsschutz im Binnenmarkt. Stand und Probleme», NJW, 1994, págs. 2063-2067.

El valor de los intereses jurídicos del espacio europeo adquiere un significado creciente. En el artículo el autor da una panorámica sobre el presente sistema de protección jurídica, que considera necesitado de reforma. (MPGR)

618. MATHIEU: «L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques», RDS, 1995, núm. 5, págs. 27-33.

Distinción entre actos puramente públicos y actividades de producción, de distribución y de servicios: criterios de aplicación. Visión crítica sobre esta distinción. (ARANDA/SIERRA).

619. MENGOZZI, P. y otros: «Rassegna dei trattati internazionali di interesse privatistico», NLCC, 1995, núm. 2, págs. 429-454.

Reseñas de Tratados internacionales, multilaterales y bilaterales, vigentes en Italia según las leyes de ratificación y adaptación y los comunicados de entrada en vigor, aparecidos en la GU del 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994. (RDR).

620. MIRABELLI, G. y GRAZIADEI, G.: «Panorama de giurisprudenza della Corte di Cassazione, Primo quadrimestre 1994», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 533-550.

Reseña de decisiones judiciales sobre diversas materias. (RDR).

621. MIRABELLI, G. y GRAZIADEI, G.: «Panorama de giurisprudenza della Corte di Cassazione - Secondo Quadrimestre 1994», RDC, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 77-93.

Reseña de jurisprudencia referida a diferentes materias. (RDR).

622. MONNINI, M.: «Note in tema di ricusazione (Nota a Cass. 22 feb. 1993, núm. 2176)», FI, 1995, núm. 3, I, págs. 986 ss. (GD-PG)

623. MONTESANO, L.: «Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua "omologazione"», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 821 ss.

Crítica de la reforma del párrafo 5.^o del artículo 825 del Codice di Procedura Civile operada mediante la Ley núm. 25 de 5 de enero de 1994. (GD-PG).

624. MUSSET: «Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX.^e siècle: Demolombe». RTDC 1995, núm. 1, págs. 85-91.

La vida de Demolombe y su carrera jurídica. Escaso reconocimiento en su ciudad. (ARANDA/SIERRA).

625. NGUYEN VAN TUONG: «L'Institut Monétaire européen». RDS 1994, núm. 33, págs. 259-261.

Sobre la organización del Instituto y su funcionamiento. Artículo 109F y 109J del TCEE. (ARANDA/SIERRA).

626. PÉRINET-MARQUET: «Droit communautaire de la construction», RDIm., 1994, núm. 1, págs. 136-138.

Jurisprudencia comunitaria sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

627. PÉRINET-MARQUET: «Droit communautaire de la construction», RDIm., 1994, núm. 3, págs. 516-518.

Jurisprudencia comunitaria sobre la materia. Posición núm. 10/94 del Consejo de 4 de marzo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

628. PÉRINET-MARQUET: «Droit communautaire de la construction», RDIm., 1995, núm. 1, págs. 188-190.

Jurisprudencia comunitaria sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

629. PFEIFFER, Th.: «Keine Beschwerde gegen EuCH-Vorlagen», NJW, 1994, págs. 1996-2002.

La europeización del Derecho privado que ha tenido lugar hasta el presente no deja intacto el Derecho procesal. La penetración del Derecho privado europeo en el proceso civil alemán es facilitada a través del art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Este precepto posibilita a los jueces nacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y decidir el proceso nacional a la luz de la decisión de esta cuestión prejudicial. El autor trata de aclarar si es posible utilizar algún remedio jurídico contra las propuestas del Tribunal europeo. (MPGR)

630. PITTER, P.: «Comunione legale dei beni e presunzioni fiscali», RDC, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 39-47.

Interrelación disciplinar entre el Derecho civil y el tributario, en orden a determinar la atribución de los títulos valores y bienes muebles al activo hereditario o a la sociedad conyugal, para aclarar su repercusión fiscal. (RDR).

631. REICH, N.: «Grundgesetz und internationale Vertragsrecht» NJW, 1994, págs. 2128-2131.

A raíz de la constitucionalización o materialización constitucional de algunas cláusulas generales de Derecho civil, interpretadas por el Tribunal Constitucional alemán a la luz del art. 2 de la Ley fundamental, el autor trata de sacar consecuencias en orden a la interpretación del art. 34 de la EGBGB (Ley de introducción al BGB), que prescribe la aplicación de las normas de aplicación inmediata del foro, incluso cuando el contrato internacional está regido por una ley extranjera. En concreto, trata de incidir en la relevancia de las normas que se dirigen a regular las situaciones de desequilibrio negocial, considerándolas como normas de aplicación inmediata a los efectos del art. 34 de la EGBGB. (MPGR)

632. RICCI, G.F.: «Aspetti processuali della documentazione informatica», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 863 ss.

Estudia la nueva regulación introducida por la Ley de 7 de junio de 1993, núm. 183 sobre la validez y eficacia probatoria de los documentos informáticos en el proceso, ya que en éstos la manifestación de la voluntad del agente no se expresa mediante signos gráficos y firma (como ocurre, por ejemplo, con el telegrama), sino a través de un proceso electrónico complejo que hace necesaria la utilización de un ordenador. La importancia del tema viene dada no tanto por la naturaleza tecnológica del medio usado para la reproducción de la declaración de voluntad, sino porque en los nuevos documentos informáticos esta reproducción no se lleva a cabo mediante el corriente lenguaje alfabético. (GD-PG).

633. RICCI, E.F.: «L' "efficacia vincolante" del lodo arbitrale dopo la legge núm. 25 del 1994», RTDPC, 1994, núm. 3, pág. 809 ss.

Se pone en tela de juicio la posibilidad de continuar defendiendo una equiparación, a efectos de su eficacia jurídica, del laudo arbitral a la sentencia judicial, tras la reforma del párrafo 4.º del artículo 823 del Codice di Procedura civile llevada a cabo por la Ley núm. 25 de 5 de enero de 1994. (GD-PG).

634. ROMI: «Valeur des ZNIEFF et protection des espaces naturels sur le littoral». RDS 1994, núm. 40, págs. 563-565.

Nota sobre CAA Lyon de 19 de abril de 1994 sobre los espacios naturales. Zona natural de interés ecológico: fauna y flora. Plan de ocupación del suelo: permisos de construcción. (ARANDA/SIERRA).

635. RUSQUEC: «*Pouvoir exclusif des avoués dans les procédures avec représentation obligatoire*», SJ, 1995, núm. 6, II, 22373.

Notas a la sentencia de casación civil, sección 2.^a, de 23 de marzo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

636. SAVAUX: «*La personnalité morale en procédure civile*». RTDC 1995, núm. 1, págs. 1-42.

Análisis de la posición doctrinal y jurisprudencial en torno al problema. Personificación de grupos en el proceso. El objeto del litigio. Posibilidad de hablar de la personalidad procesal del grupo. (ARANDA/SIERRA).

637. SCHMIDT-JÖRTZIG, E.: «*Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz*», NJW, 1994, págs. 2569-2573.

La protección jurídica efectiva como pieza central de los principios jurídicos del Estado de Derecho en la Constitución. (MPGR)

638. TONDO, S.: «*Atti dispositivi di aree di parcheggio relative a edifici urbani*», FI, 1995, núm. 3, V, págs. 139 ss.

Análisis del art. 18 de la ley 765/67 en el que se establece para las nuevas construcciones urbanas, la obligación de reservar espacios de aparcamiento específicamente para este uso, en una medida no inferior a un metro cuadrado por cada veinte metros cúbicos construidos. (GD-PG)

639. TOURNEAU: «*La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité*». RDS 1944, núm. 35, págs. 298-300.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil, de 30 de marzo de 1994, sobre la excepción de indignidad, fundada sobre la máxima «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», es hoy frecuentemente utilizada. El por qué de su especificidad. (ARANDA/SIERRA).

640. VILMART: «*Le projet de règlement (CE) de la Commission du 30 septembre 1994 concernant l'application de l'art. 85-3 du traité à des catégories d'accord de transfert de technologie*», GP, 1995, núm. 97-98, págs. 2-5.

Análisis del nuevo proyecto de regulación de transferencias tecnológicas a la Unión Europea publicado en el JOCE de 30 de junio de 1994, núm. C178/3. (ARANDA/SIERRA)

II. DERECHO MERCANTIL

I. PARTE GENERAL. EMPRESA

641. D'AMICO, G.: «*Sinergie normative tra vigilanza creditizia e azione di antiriciclaggio finanziario*», BBTC, 1994, VI, parte prima, págs. 859-868.

El autor estudia el problema del reciclaje del dinero negro, a la luz de la regulación del texto único europeo. (CJD)

642. AMOROSINO, S.: «*Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*», BBTC, 1995, I, parte prima, págs. 58-74.

Reflexiones en torno a la emanación de las normas que regulan el mercado financiero. (CJD)

643. BEATER, A.: «Zur Deregulierung des Wettbewerbsrechts», *ZHR*, 159, 1995, págs. 217-228.

La modificación de la ley de competencia desleal (UWG) de 25 de julio de 1994 se ha considerado por la doctrina como un primer paso para liberar al Derecho de competencia alemán del excesivo reglamentismo que lleva a plantear ante los Tribunales cuestiones que incluso son nimias o intrascendentes. Tales cuestiones y el alcance de la reforma se analizan en este estudio. (IGP).

644. BÉRAUDO: «Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international», *SJ*, 1995, núm. 18, I-3842. (ARANDA/SIERRA)

645. BONZANINI, L.: «La convenzione di Strasburgo e la legge 328/1993: nuove fasi nella lotta al riciclaggio di denaro "sporco" ed effetti sul sistema bancario», *BBTC*, 1994, V, parte prima, págs. 720-739.

Principales novedades de la Convención de Estrasburgo, en especial sobre el delito de blanqueamiento de dinero negro. (CJD).

646. BROGGINI, E.: «L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale», *RTDPC*, 1994, núm. 4, pág. 1125 ss.

Extenso trabajo acerca del papel que juega la equidad en el arbitraje comercial internacional. El autor hace un breve recorrido por la historia del arbitraje en el Derecho privado para finalizar afirmando que no sería de extrañar que en un futuro próximo el arbitraje internacional fuese siempre de equidad. (GD-PG)

647. BURST: «Contrefaçon de marque et concurrence déloyale fondées sur des faits distincts», *RDS*, 1995, núm. 6, págs. 96-98.

Nota sobre CA Colmar de 13 de mayo de 1994 sobre competencia desleal, marcas, confusión y etiquetado. (ARANDA/SIERRA).

648. DELPY: «Régularisation d'une lettre de change acceptée sans nom du bénéficiaire», *SJ*, 1995, núm. 7, II-22378.

Nota a la sentencia de la corte de casación comercial de 12 de octubre de 1993. (ARANDA/SIERRA)

649. DERRIDA/SORTAIS: «La réforme du droit des entreprises en difficulté (premier aperçu)», *RDS*, 1994, núm. 34, págs. 267-290.

Prevención de las dificultades. Reforma de la ley de 25 de enero de 1985 sobre el procedimiento. Acreedores, reivindicantes y trabajadores de la empresa. Sanciones. (ARANDA/SIERRA).

650. GALANTI, E.: «Principio di separazione fra ente conferente e società conferitaria e incompatibilità fra cariche. Quale futuro per le fondazioni bancarie?», *BBTC*, 1995, I, parte seconda, págs. 136-144.

Comentario a la sentencia del Tribunal Administrativo Regional *del Lazio*, de 26 julio 1994, en relación a la separación entre fundación y banca e incompatibilidad entre ambas. (CJD)

651. HAUTOT, I.: «L'arbitrato come strumento al servizio del commercio internazionale», *RTDPC*, 1994, núm. 2, pág. 613 ss.

Se analiza desde el punto de vista teórico, la institución del arbitraje que se ha impuesto en la práctica como el medio normal de resolución y de prevención de las controversias jurídicas en el ámbito del comercio internacional. (GD-PG).

652. IDOT: «Environnement et droit communautaire de la concurrence», *SJ*, 1995, núm. 24, I, 3852. (ARANDA/SIERRA)

653. MÜLLER-GRAFF, P.C.: «Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?», *ZHR*, 159, 1995, págs. 34-77.

Relación entre el principio de subsidiariedad recogido en el art. 3.b.2 del Tratado de la Unión Europea y el art. 7 a del propio Tratado que se refiere a las medidas a adoptar por la Comunidad destinadas a establecer progresivamente el mercado interior europeo (IGP).

654. PAOLA, S. DE: «Anche l'instruzione privata è attività di impresa: riflessi in tema di licenziamenti - nota a Cass. 11 aprile 1994 núm. 3353», *GC*, 1994, núm. 11, págs. I, 2873-2880. (RDR).

655. RIVOLTA, G.L.M.: «Mercanti all'uso antico», *RDC*, 1994, T. I, parte prima, págs. 893-904.

El empresario como trabajador en el sistema del Codice civile, y la relevancia de su trabajo personal en la disciplina civilística y fiscal de la empresa.

Perspectivas de utilidad social de la empresa pública y privada. (RDR).

656. ROTH, W.H.: «Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller», *ZHR*, 159, 1995, págs. 78-95.

El autor analiza el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea que prohíbe entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación y lo compara con el desarrollo jurisprudencial, en su opinión más laxo, del art. 30 del Tratado referido a la libertad de importación (IGP).

657. RUBELLIN: «L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel. Remarques sur l'article 47 de la loi «Madelin» du 11 février 1994», *SJ*, 1995, núm. 26, I-3856. (ARANDA/SIERRA)

658. SANTACROCE, G.: «La segnalazione di operazioni sospette dopo la legge 9 agosto 1993, núm. 328: novità e prospettive di riforma», *BBTC*, 1995, II, parte prima, págs. 165-183.

El artículo trata de la nueva disciplina que impone a los intermediarios financieros obligaciones en el plano de la deontología profesional, dirigidas a evitar la circulación de dinero obtenido por medios ilegales. (CJD)

659. SCHOTTELIUS, D. - KÜPPER-DJINDJIC, C.: «Umweltorientierte Unternehmensführung. Auf dem Weg zum ökologischen Umbau der Industriegesellschaft?», *BB*, 1994, págs. 1153-1157.

El artículo trata de las orientaciones ecológicas en la dirección de las empresas. Las propuestas de los autores, que analizan el concepto de «umweltorientierten Unternehmensführung», tratan de aclarar si detrás de ese concepto no se oculta la falta de una propuesta moderna de dirección y organización de las empresas. (MPGR)

660. ULLMANN, E.: «Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht», *JZ*, 1994, págs. 928-937.

Opina el autor que la existencia de una Unión europea es impensable sin un Derecho común, especialmente en el campo del Derecho económico y del Derecho de los bienes inmateriales. En ambos campos, sectores tan importantes como el Derecho de la competencia y el derecho de autor se encuentran en este momento en fase de transición. (MPGR)

2. DERECHO DE SOCIEDADES

661. BERLUCCHI, A.: «Osservazioni a Cons. Stato, sez. IV-22 febbraio 1994, núm. 368, in tema di competenze regionali e provinciali in materia creditizia nella regione Trentino Alto Adige di fronte al giudice amministrativo di secondo grado», *BBTC*, 1994, VI, parte seconda, págs. 644-646.

La *Province Autonome di Trento e Bolzano*. no está legitimada para la impugnación del procedimiento de transformación y fusión del *Istituto di credito fondario Trentino Alto Adige*. por no revestir la cualidad de socio o asociado. (CJD)

662. BERNHARDT, W.: «Aufsichtsrat - die schönste Nebensache der Welt», *ZHR*, 159, 1995, págs. 310-321.

El autor expone los diferentes motivos que provocan el deficiente funcionamiento del Consejo de Vigilancia en la SA, algunos de los cuales se encuentran en la propia ley (parágrafos 100, 110 y 114); a la vez propone remedios concretos que sirvan para mejorar su actividad. (IGP)

663. BLANKE, G.: «Private Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts», *BB*, 1994, págs. 1505-1510.

El artículo trata de las modificaciones en el derecho de sociedades por acciones derivadas de la publicación de la ley de 8 de julio de 1994 sobre las pequeñas sociedades por acciones. (MPGR)

664. BOCHICCI, F.: «Gestione d'impresa ed interessi nelle società per azioni ordinarie ed in quelle speciali», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 259 ss.

Se estudia la posibilidad de hablar de una plena autonomía de la empresa en la fase de gestión asegurando la organización societaria con pleno respeto a su estructura corporativa. (GD-PG)

665. BUSSOLETTI, M.: «Il nuovo bilancio delle banche: i principi giuridici», *BBTC*, 1994, VI, parte prima, págs. 780-799.

Consideraciones en torno a diversos aspectos del balance en las sociedades de capital, teniendo en cuenta las novedades que aporta el texto único. (CJD)

666. CALBOLI, I.: «La concorrenza bancaria nei pareri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato», *BBTC*, 1995, III, parte prima, págs. 299-329.

La autora estudia el modelo actual de control de los acuerdos interbancarios. La función de la Autoridad Garante y la *Banca d'Italia* en la defensa del respeto a la normativa *antitrust* italiana en el mercado de crédito. (CJD)

667. CAMPOBASSO, G.F.: «Associazioni e attività d'impresa», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 581-595.

Comentario relativo a la relación asociaciones-actividad empresarial, con remisión a la Convención «Fenómeno asociativo y actividad notarial», y en base a diferentes decisiones judiciales. El problema de la disciplina aplicable. (RDR)

668. CAMPOBASSO, G.F.: «Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari», *BBTC*, 1995, III, parte prima, págs. 281-298.

Caracterización de los distintos tipos de participaciones en entidades bancarias. Descripción de los principios generales que regulan la materia, a raíz de la aparición del texto único europeo. (CJD)

669. CAREDDA, V.: «Intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata e mandato», *BBTC*, 1994, V, parte seconda, págs. 540-547.

Efectos de la adquisición por el fiduciario de una cuota de una sociedad de responsabilidad limitada por encargo del fiduciante. Comentario a unas sentencias del Tribunal de Plasencia. (CJD)

670. CASTALDI, G.: «La nuova legge bancaria: suoi riflessi sulla disciplina delle casse rurali e artigiane», *BBTC*, 1994, VI, parte prima, págs. 800-808.

Examen de los efectos que ha producido en la regulación de las Cajas rurales la promulgación del texto único. El autor analiza el proceso de génesis y elaboración del texto único. (CJD)

671. DE CASTELLO, V.: «Il procedimento indiretto nell'emissione delle obbligazioni», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 367 ss.

Se estudia la aplicación del artículo 2420 bis de la ley de 7 de junio de 1974, núm. 216 sobre las obligaciones convertibles en acciones, reconociendo así la plena legitimidad legal a un instrumento de producción de capital, al cual las sociedades habían recurrido mucho tiempo antes de la citada reforma de 1974. (GD-PG)

672. CENNI, D.: «Il voto del socio in conflitto di interessi e i poteri del presidente dell'assemblea», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 347 ss.

A través de la sentencia de la Corte de casación de 8 de mayo de 1992, núm. 5498, se afronta el problema del conflicto de intereses del socio con la sociedad, con especial referencia al problema de los eventuales límites al ejercicio del derecho de voto y a las funciones del presidente de la junta. (GD-PG)

673. DUMORTIER: «Contre la rétroactivité de la clause de tontine insérée dans les status d'une société», *SJ*, 1995, núm. 26, I-3857. (ARANDA/SIERRA)

674. FABIANI, M.: «La responsabilità del socio unico come strumento di disciplina dell'insolvenza nelle aggregazioni societarie (Nota a Cass. 28 abril 1994, núm. 4111)», *FI*, 1995, núm. 3, I, págs. 901 ss. (GD-PG)

675. FARINA, F.: «Questioni in tema di sopravvenuta inefficacia di clausole di amministrazione congiuntiva e reviviscenza del regime di amministrazione disgiuntiva», *RDC*, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 241-247.

Comentario a la sentencia de Cass. I, sez. civ. 7 de noviembre de 1990, núm. 13675, sobre ineficacia sobrevenida de cláusulas de administración conjunta y resurgimiento del régimen de administración dividida, respecto de sociedades colectivas. (RDR).

676. FERRI C.: «I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali», *RTDPC*, 1995, núm. 1, pág. 111 ss.

Analiza la aplicabilidad en materia de sociedades mercantiles de la disciplina unitaria del procedimiento cautelar en general dictado por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353. (GD-PG)

677. GAGGERO, P.: «Nuovi interessi ed evoluzione del diritto societario: appunti per una ricognizione», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 314 ss.

Análisis de la ley de 7 de junio de 1974, núm. 216 y la obligación de comunicación del montante que se posee de acciones o cuotas en la sociedad, de las participaciones en la sociedad. (GD-PG)

678. HEINRICHS, J.: «Treupflichten im Aktienrecht», *ACP*, 1995, págs. 222 a 273.

Los deberes de lealtad o fidelidad en el seno de la sociedad anónima se han referido generalmente a la relación de los socios con la sociedad. La jurisprudencia, sin embargo, se ha referido a tal deber en las relaciones de los socios entre sí y, en particu-

lar, como deber de los socios mayoritarios frente a la minoría, como límite al poder de la mayoría. El autor expone el concepto y fundamento jurídico de estos deberes (en último término, el parágrafo 242 BGB: principio de buena fe) y sus manifestaciones concretas en situaciones de crisis de la sociedad (IGP).

679. HOFFMANN, M.: «Der Aufsichtsrat im Konzern», *ZHR*, 159, 1995, págs. 325-345.

El autor se pregunta si la función del Consejo de Vigilancia según el diseño legal en la AktG resulta o no afectada por el hecho, nada infrecuente por otra parte, de encontrarse la sociedad integrada en un grupo de sociedades o «Konzern». En particular se trata de averiguar si el Consejo sirve exclusivamente a los intereses de la sociedad a la que pertenece, o si atiende o debe atender a los intereses del Konzern. (IGP).

680. JOEL/COHEN: «Une décision attendue: le directeur général d'une société anonyme en est le "représentant légal"». *RDS*, 1995, núm. 7, págs. 101-105.

Conclusiones al respecto de la sentencia de casación de la asamblea plenaria de 18 de noviembre de 1994 sobre la actuación del director general de una sociedad anónima en nombre de ésta. (ARANDA/SIERRA).

681. JUNKER, M.: «Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG», *ZHR*, 159, 1995, págs. 207-216.

El autor estudia las denominadas «ventajas particulares» que según el parágrafo 26 AktG pueden reconocerse a un accionista individual o a un tercero. A pesar de ser reducida la aplicación práctica de esta norma, se exponen los problemas que la concesión de tales ventajas suscita, así como una lista ejemplificativa de las mismas. (IGP).

682. KAMDEM: «Refus d'immatriculation des associations au registre du commerce et des sociétés même lorsqu'elles exercent une activité commerciale», *SJ*, 1995, núms. 16-17, II-22418.

Nota a la sentencia de la Corte de casación comercial de 1 de marzo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

683. KIETHE, K./GROESCHKE P.: «Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern», *BB*, 1994, págs. 2149-2152.

El pretendido cambio que el BGH ha introducido en su decisión conocida como TBB-Urteil, sobre la exposición y carga de la prueba en la responsabilidad en los conciertos fácticos cualificados de empresas, suscita en la práctica el problema de que el demandante, como regla general, no dispone de las informaciones necesarias para poder exponer y probar concluyentemente la responsabilidad de la empresa dominante. Como regla general sucede que la empresa dominante trata de hacer fracasar la declaración de responsabilidad a través de un bloqueo de la información. Por ello se requiere un modelo ágil para la exposición y carga de la prueba en los supuestos de hecho ilícitos generadores de responsabilidad y que sirva para superar la desigualdad estructural de información. (MPGR)

684. KINDLER, P.: «Die Aktiengesellschaft für den Mittelstand. Das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und für Deregulierung des Aktienrechts», *NJW*, 1994, págs. 3041-3048.

El 10 de agosto de 1994 entró en vigor la Ley de las pequeñas sociedades por acciones y de la desregulación del Derecho de acciones de 2 de agosto de 1994. El objetivo central de esta ley es hacer atractiva la sociedad por acciones a las pequeñas empresas. El artículo muestra los aspectos esenciales de la nueva normativa y al mismo tiempo proporciona orientaciones para la elección de esta nueva forma de sociedad. (MPGR)

685. LI: «La legislation sur les sociétés», RCDI, 1994, núm. 1, págs. 11-21.

Las organizaciones económicas en China. Principios fundamentales y principales disposiciones del proyecto de ley sobre sociedades. (ARANDA/SIERRA)

686. LUTTER, M.: «Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung», ZHR, 159, 1995, págs. 287-309.

Tras exponer los cometidos asignados al Consejo de Administración o de vigilancia de la S.A., el autor opina que en la práctica de dicho órgano no se utilizan adecuadamente los instrumentos legales de los que dispone, y entre los que hace referencia al párrafo 111.4 y 111.2 de la AktG. Las razones, a su juicio, no son jurídicas, sino simplemente defectos humanos: comodidad, falta de profesionalidad, formalismo.... La situación exige no obstante medidas jurídicas concretas por lo que el autor propone la modificación de varias disposiciones de la ley. (IGP).

687. MALAURIE-VIGNAL: «Droit de la concurrence et droit des contrats», RDS, 1995, núm. 8, págs. 51-54.

La armonía entre el derecho de los contratantes y el derecho de la competencia. El conflicto. (ARANDA/SIERRA).

688. MARASÁ, G.: «Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 311-339.

Estudio de la problemática surgida en las operaciones de transformación y fusión en contratos asociativos, en la disciplina del Codice civile, y análisis de los diversos tipos de transformación y fusión. (RDR).

689. MARTORANO, F.: «Osservazioni a App. Milano 25 giugno e 8 giugno 1993, in tema di responsabilità della banca ex art. 2049 c.c.», BBTC, 1995, I, parte seconda, págs. 44-50.

Se excluye la responsabilidad del banco cuando el dependiente había gestionado a título personal la operación y falta, por tanto, el nexo entre el hecho ilícito dañoso y el encargo asignado. (CJD)

690. MARZANO, S.: «Società tra professionisti: giurisprudenza e dottrina a confronto - nota a Cass. 13 luglio 1993 núm. 7738», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1971-1975. (RDR).

691. MARZONA, N.: «Il riordino del sistema bancario: le Regioni a confronto con una nuova statualità», BBTC, 1994, VI, parte seconda, págs. 608-617.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 9 de junio de 1994, que resuelve diversos conflictos surgidos a raíz de la entrada en vigor del texto único (1 septiembre 1993), en relación con la normativa bancaria especial de diversas regiones. (CJD)

692. MONTALENTI, P.: «Il problema del "rilancio" del prezzo nell'OPA concorrente», BBTC, 1995, II, parte prima, págs. 247-252.

Aplicación de los principios vigentes en los principales ordenamientos europeos en materia de concurrencia de ofertas públicas de adquisición de acciones. La regulación italiana de la OPA. (CJD)

693. MORENA, E.: «Questioni in tema di diritto di opzione delle azioni di una s.p.a. a favore dei soci superstiti - nota a Cass. 16 aprile 1994 núm. 3609», GC, 1995, núm. 4, págs. I, 1066-1070. (RDR).

694. OPPO, G.: «La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari», RDC, 1994, T. I, parte prima, págs. 771-780.

Análisis del fenómeno privatizador bajo el perfil y la forma societaria, bien como instrumento o mecanismo del proceso privatizador o como objetivo y resultado final de la privatización.

La transformación de los entes de gestión en sociedades por acciones, compañías públicas, accionariado popular y privatización de la Banca en mano pública. (RDR).

695. OPPO, G.: «Credito cooperativo e testo unico sulle banche», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 653-672.

Tratamiento de las figuras del crédito, sociedad y banca cooperativa, tras el texto único de la Ley 1993, núm. 385, sobre actividad bancaria y crediticia, y sus operaciones de escisión, transformación y fusión. (RDR).

696. OPPO, G.; «La Banca d'Italia dal privato al pubblico», BBTC, 1994, V, parte prima, págs. 601-616.

Estudio de los aspectos políticos, económicos y sociológicos determinantes del paso de la *Banca d'Italia* del sector privado al público. Función de la institución. (Esta ponencia se presentó en la Convención conmemorativa del centenario de la Banca d'Italia, celebrada en Roma, 9-10 diciembre 1993). (CJD)

697. PILTZ, D.J.: «Rechtspraktische Überlegungen zu Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen», BB, 1994, págs. 1021-1027.

En prácticamente ningún contrato de sociedad falta una cláusula sobre la problemática indemnizatoria. El artículo analiza dichas cláusulas, sus fines, tipos, límites, etc. (MPGR)

698. PISANI, L.: «Protocolli di autonomia gestionale e gruppi finanziari», BBTC, 1995, II, parte prima, págs. 184-234.

Inspirado en el ordenamiento belga, el legislador italiano ha introducido la figura del protocolo de autonomía de gestión, con fines de autocontrol de la actividad de las sociedades y grupos financieros. (CJD)

699. PORTALE, G.B.: «Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio», BBTC, 1995, I, parte prima, págs. 93-98.

Desde el punto de vista práctico, el autor estudia el supuesto del depósito en cuenta de capital, en especial la licitud de esta operación según el derecho societario. (CJD)

700. PORTALE, G.B.- DOLMETTA, A.A.: «Il cavaliere bianco è “dimezzato”? Due questioni cruciali per l'OPA concorrente», BBTC, 1995, II, parte prima, págs. 235-246.

Análisis de los problemas que en la práctica plantea la concurrencia de ofertas públicas de adquisición de acciones o de obligaciones convertibles en acciones. (CJD)

701. REICHOLD, H.: «Das neue Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz», NJW, 1994, págs. 1617-1622.

El 26 de marzo de 1994 entró en vigor la nueva «Ley de limitación temporal de la prolongación de la responsabilidad de los socios» (NachhBG). Se debe ofrecer a los socios personalmente responsables y a los empresarios individuales en caso de extinción o transformación de la empresa, claras perspectivas de que la prolongación de su responsabilidad será limitada a un plazo de cinco años. Desde el punto de vista dogmático, la ley citada contiene marcados correctores a la jurisprudencia del BGH y BAG sobre los §§ 159, 26 y 28 del HGB. El artículo sirve para presentar el nuevo Derecho. (MPGR)

702. RESCIGNO, M.: «La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale», BBTC, 1994, VI, parte seconda, págs. 679-690.

En este comentario a varias sentencias que resuelven conflictos relativos a la circulación de acciones de los bancos (*banche popolari*), el autor hace especial referencia al distinto origen de la normativa aplicable. (CJD)

703. RIENZO DI, M.: «Il servizio di cassa continua. Natura giuridica e profili di responsabilità della banca», *BBTC*, 1994, VI, parte prima, págs. 809-841.

El autor expone distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la cuenta corriente y desarrolla los criterios de responsabilidad del ente bancario. (CJD)

704. RODEWALD, J.: «Schadensersatzanspruch bei verdeckter Gewinnausschüttung», *BB*, 1994, págs. 2013-2019.

En el supuesto de hecho de un reparto de ganancias ocultas de una sociedad se produce un alto riesgo de responsabilidad fiscal de la empresa. Al respecto recuerda el autor que se prohíbe la compensación de las ganancias de los socios con los daños de la sociedad. (MPGR)

705. ROLLI, R.: «Cassione di partecipazione societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum?», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 183 ss.

Análisis sobre los límites a la tutela del adquirente del paquete de acciones y a la responsabilidad del vendedor. (GD-PG)

706. RUTTA, G.: «Analisi comparata tra la legge bancaria del 1936 e il nuovo testo unico», *BBTC*, 1994, V, parte prima, págs. 668-686.

Descripción de los sesgos más característicos de la evolución de la normativa bancaria. El autor se detiene especialmente en el texto único. (CJD)

707. SANTAGATA, C.: «La nuova disciplina della fusione tra banche», *BBTC*, 1995, I, parte prima, págs. 1-46.

Estudio de la normativa del texto único referente a la fusión de entidades de crédito. Se tratan cuestiones tales como los requisitos que debe reunir la empresa para que sea posible la fusión; el proceso de fusión; tutela de los socios; liquidación de la cuota del socio que abandona; entre otras. (CJD)

708. SANTAMARIA, L.: «Società e simulazione, società e comunione di godimento», *RTDPC*, 1995, núm. 1, pág. 205 ss.

A raíz de una sentencia de la Corte de casación de 2 de diciembre de 1987, núm. 8939, se reabre el debate acerca del problema de la admisibilidad de la simulación de una sociedad por acciones y se propone la superación de la personalidad jurídica y no la simulación como posible solución al abuso de constituciones de sociedades por acciones con fines fraudulentos. (GD-PG)

709. SCHERMI, A.: «Natura del provvedimento del presidente del tribunale di convocazione dell'assemblea di società per azioni richiesta dalla minoranza dei soci. Diritto a compenso della persona designata a presiedere l'assemblea. Società a responsabilità limitata, senza collegio sindacale, con amministratore unico: cessazione dell'amministratore della carica per morte; modo di sostituzione - nota a Cass. 15 gennaio 1994 núm. 358 e Trib. Pavia 4 marzo 1994 (decr.)», *GC*, 1994, núm. 9, págs. I, 2277-2281. (RDR).

710. SCHERMI, A.: «Considerazioni (e divagazioni) sulla nullità delle deliberazioni assembleari di società lucrative di capitali e di società cooperative - nota a Cass. 22 gennaio 1994 núm. 654», *GC*, 1994, núm. 12, págs. I, 3177-3182. (RDR).

711. SCHERMI, A.: «Riflessioni sulla società a responsabilità limitata con unico socio», *GC*, 1995, núm. 3, págs. II, 127-140.

Reflexiones sobre la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, según la XII Directiva CEE 21 diciembre 1989, núm. 89/667. (RDR).

712. SCHÖN, W.: «Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften», *ZHR*, 159, 1995, págs. 351-374.

Estudio sobre los riesgos que entraña la prestación de garantías por parte de sociedades filiales a favor de la sociedad madre o dominante desde una triple perspectiva: Derecho de sociedades, Derecho del «Konzern» y Derecho civil. (IGP).

713. SCOGNAMIGLIO, G.: «L'acquisto di azioni della controllante nel d. leg. 1994, núm. 315», *RDC*, 1995, núm. 1, parte seconda, págs. 49-75.

Comentario en materia de suscripción de acciones por sociedad controlante y sus efectos, tras la reforma de 1994 de la disciplina sobre adquisición de acciones o cuotas por la sociedad controlante, para adecuarla a la Directiva CEE, núm. 92/101 de 23 de noviembre de 1992. (RDR).

714. SONNENHOL, J.- GROSS, W.: «Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen», *ZHR*, 159, 1995, págs. 388-417.

Existen distintas vías y distintas combinaciones para la obtención de crédito por parte de sociedades integradas en un grupo de sociedades o «Konzern». Puede tratarse de un préstamo a la sociedad dominante que ésta reparte entre las demás sociedades del grupo; o cada una de las sociedades puede obtener una financiación individualizada. En uno y otro caso varían las formas de garantía que son analizadas por los autores, teniendo en cuenta en particular la protección de terceros. (IGP).

715. TIDU, A.: «Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», *RDC*, 1994, T. II, parte seconda, págs. 613-651.

Comentario al T.U. de la Ley 1993, núm. 385, en materia bancaria y crediticia: ámbito de aplicación, sujetos operadores en el mercado bancario y crediticio y mecanismos de control, con concreta referencia a la finalidad de transparencia y su nueva disciplina. (RDR).

716. VATIER/BOULLET: «Les innovations de la loi du 8 août 1994 dans le droit des sociétés», *GP*, 1995, núms. 127-131, págs. 2-7.

El autor analiza la incidencia de la ley de 1994 en la intervención de los accionistas respecto a la gestión de la sociedad; medios de acción de los accionistas; y control de las sociedades y del mercado. (ARANDA/SIERRA).

717. VIANDIER/CAUSSAIN: «Chronique d'actualité: Droit des sociétés», *SJ*, 1995, núm. 12, 1-3833.

Situación de la doctrina y jurisprudencia francesa en la materia. (ARANDA/SIERRA)

718. VIDIRI, G.: «Sull'ambito applicativo del beneficium excussionis nelle società di persone - nota a Cass. 12 aprile 1994 núm. 3399», *GC*, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1820-1823. (RDR).

719. VIDIRI, G.: «Sospensione delle delibere societarie ex art. 2378 c. c. e nuovo procedimento cautelare - nota a Trib. Reggio Calabria 9 maggio 1994 (decr.)», *GC*, 1994, núm. 10, págs. I, 2615-2618. (RDR).

720. VIDIRI, G.: «Sull'art. 2049 c.c. e sui poteri del giudice in presenza di irregolarità nell'amministrazione societaria - nota a Cass. 9 aprile 1994 núm. 3341», *GC*, 1994, núm. 12, págs. I, 3147-3151. (RDR).

721. VIDIRI, G.: «Art. 2367 c.c. e decreto del presidente del Tribunale di convocazione dell'assemblea dei soci - nota a Trib. Pavia 27 giugno 1994 (decr.)», *GC*, 1995, núm. 3, págs. I, 827-830. (RDR).

722. VIDIRI, G.: «Sull'art. 2527 c.c. e sul procedimento di esclusione del socio di cooperativa - nota a Cass. 5 de agosto de 1994 núm. 7308», GC, 1995, núm. 4, págs. 1, 1007-1012. (RDR).

723. WEBER, H.K.: «Gewinn- und Verlustbeteiligung des Vorstands», BB, 1994, págs. 1088-1089.

En el caso de que un Consejo de Administración de una sociedad por acciones participe en las ganancias de ésta, el autor considera plenamente justificado y útil que también participe en las pérdidas, para lo cual propone una triada de modelos. (MPGR)

724. WEIGMANN, R.: «Società per azioni», RTDPC, 1994, núm. 1, pág. 209 ss.

Se lleva a cabo un análisis de la jurisprudencia más reciente sobre el régimen jurídico de la sociedad por acciones en sus puntos más polémicos. (GD-PG)

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

725. ANNUNZIATA, F.: «Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: i profili organizzativi interni», BBTC, 1994, V parte prima, págs. 634-667.

Análisis de las diversas funciones del intermediario mobiliario. Organización interna. Referencias a la ley 2 enero 1991, y a la Directiva núm. 93/22/CEE. (El texto se corresponde con la ponencia presentada en el encuentro sobre *Normas técnicas y jurídicas de los intermediarios del mercado mobiliario*, organizado por el Centro de Estudios Financieros de la Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, 26 de enero de 1994). (CJD)

726. BRANDI-DOHRN, M.: «Die Kommende Neuordnung des Kennzeichenrechts: Das Markenrechtsreformgesetz», BB, 1994, suplemento núm. 16.

La presión del plazo marcado para la transposición de la Directiva comunitaria de marcas ha conducido a la elaboración de un Proyecto del Gobierno de reforma de la ley del derecho de marcas que debe entrar en vigor antes del 1 de enero de 1995; el legislador ha aprovechado esta ocasión para hacer una reforma general del Derecho de marcas. (MPGR)

727. BUONOMO, D.: «Attività bancaria e "insider trading"», BBTC, 1995, II, parte prima, págs. 137-164.

A la luz de los nuevos textos legales, el autor estudia el deber de discreción de las personas que, por motivo de su trabajo o profesión, se encargan de adquirir o transmitir valores mobiliarios, contando por esta razón con información privilegiada. (CJD)

728. CAVALLO, B. y MERCATI, L.: «Esercizio delle attività di avvocato, procuratore, investigatore privato e broker nella Cee» NLCC, 1995, núm. 2, págs. 374-384.

Comentario a los artículos 10 y 21 de la Ley 22 de marzo de 1994, núm. 146, sobre equiparación de los ciudadanos comunitarios en el sector profesional.

Régimen jurídico de brokers y agentes de seguros en relación con la Directiva CEE núm. 77/92, sobre libre prestación de servicios en materia de intermediarios, y el registro de agentes de seguros. (RDR).

729. HÄUSER, F.: «Der Widerruf des Überweisungsauftrags im Giroverhältnis», NJW, 1994, págs. 3121-3128.

El artículo trata de aclarar las múltiples cuestiones que se producen para los Bancos y sus clientes cuando por diferentes motivos una orden de transferencia de un cliente es retirada y su tramitación ha de ser interrumpida en el curso de la transferencia. (MPGR)

730. HOFFMANN, W.: «Die Rolle der Patentrecherche in der patentstrategischen Planung für das Unternehmen», *BB*, 1994, págs. 1800-1803.

En la política de las empresas, frecuentemente se desatienden las consideraciones sobre las estrategias en materia de patentes. El artículo explica el significado y las dificultades de la investigación sobre patentes. (MPGR)

731. MICHALSKI, L./RIEMENSCHNEIDER, M.: «Irreführende Werbung mit der Umweltfreundlichkeit von Produkten», *BB*, 1994, págs. 1157-1162.

El artículo contiene un análisis de la jurisprudencia recaída en materia de publicidad engañosa sobre las bondades ecológicas de los productos. (MPGR)

732. REALMONTE, F.: «Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare», *BBTC*, 1994, V, parte prima, págs. 617-633.

Comentario al artículo 6 de la ley 2 enero 1991 reguladora de la actividad de intermediación mobiliaria: los deberes de información precontractual impuestos a las sociedades de intermediación mobiliaria y previstos en defensa de los consumidores. (CJD)

733. TILMANN, W.: «Die UWG-Novelle 1994», *BB*, 1994, págs. 1793-1799.

El autor comenta críticamente algunas de las más recientes modificaciones introducidas por la ley de modificación de la ley de competencia desleal de 25 de julio de 1994, que entró en vigor el 1 de agosto de 1994. (MPGR)

734. ULMER, P. - HABERSACK, M.: «Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs. 1. EGV», *ZHR*, 159, 1995, págs. 109-134.

El art. 85 del Tratado regula la libre competencia en el ámbito de la Comunidad europea y contiene una lista de acuerdos y prácticas que se estiman incompatibles con el mercado común y quedan prohibidas. La actividad desarrollada por representantes de comercio y por agentes puede suponer una práctica restrictiva de la competencia que conculque alguna de las prohibiciones contenidas en la norma citada. El autor analiza, de un lado, los presupuestos necesarios para que la fijación de condiciones negociales (precios de compra o de venta y otras condiciones de la transacción) no determine una infracción del art. 85 del Tratado; de otro, estudia la posible aplicación de esta norma a los repartos de mercado entre representantes de comercio. (IGP).

735. VOGT, S.: «Reform der Reform- die Novellierungen von UWG und Zugabeverordnung», *NJW*, 1994, págs. 2509-2513.

El artículo expone las principales novedades de la Ley alemana para la modificación de la Ley de competencia desleal (UWG), que entró en vigor el 1 de agosto de 1994, y de la Ley alemana de modificación de la Ley de obsequios, premios y supuestos análogos (ZugabeVO), vigente desde el 25 de julio de ese mismo año. (MPGR)

4. CONTRATOS MERCANTILES

736. ALPA, G.: «L'attuazione della direttiva sul credito al consumo», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 6 ss.

Crítica acerca de la aplicación de las dos directivas comunitarias sobre el crédito al consumo (87/102/CEE y TAEG: 90/88/CEE) y de la ley comunitaria de 12-2-1992, núm. 142. (GD-PG)

737. D'AMBROSIO, R.: «L'estensione della responsabilità patrimoniale per inadempimento del contratto di borsa all'intermediario non contraente», *BBTC*, 1995, II, parte seconda, págs. 274-279.

Comentario a la sentencia del *Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio* de 3 septiembre 1993, que declaró la legitimidad de ciertas disposiciones de la *Consob* y de la *Banca d'Italia* sobre la organización y el funcionamiento de la *Cassa di compensazione e garanzia*. (CJD)

738. B.M.: «Opposabilité du privilège du commissionnaire de transport au commettant», *RDS*, 1995, núm. 1, pág. 15.

Nota sobre CA París de 18 de mayo 1994 sobre transporte de mercancías. (ARANDA/SIERRA).

739. BARENGHI, A.: «Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio», *BBTC*, 1995, I, parte prima, págs. 101-108.

Recensión al estudio de Dieter Medicus, «*Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?: Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*» (1994), relativo a la fianza bancaria: tutela del cliente y control del contenido del contrato de garantía. (CJD)

740. BOULANGER: «Le versement du prix d'un circuit touristique et la liquidation judiciaire de l'agence organisatrice», *RDS*, 1995, núm. 1, págs. 9-11.

Nota sobre la sentencia de casación 1.^a Civil de 16 de marzo de 1994 sobre agencias de viajes. Organización y anulación de viajes: el daño interés. (ARANDA/SIERRA).

741. BUONOCORE, V.: «Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio», *CI*, 1994, núm. 1, pág. 143 ss.

Se estudia la distinción que la jurisprudencia italiana actual realiza entre el *leasing de goce y disfrute* (el tradicional) y el *leasing traslativo* (venta con reserva de propiedad) originando la bipartición de un concepto de arrendamiento financiero hasta ahora unitario. (GD-PG)

742. CAPERNA, A.- LOTTI, L.: «Il fenomeno dell'usura tra esperienze giuridiche e prospettive di un nuovo assetto normativo», *BBTC*, 1995, I, parte prima, págs. 75-92.

Estudio sobre la reforma de la regulación de la usura. Descripción de la situación del mercado financiero ilegal y breve análisis del fenómeno de la usura y otras figuras de contravención legal. (CJD)

743. CAPRIGLIONE, F.: «I prodotti "derivati": strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?», *BBTC*, 1995, III, parte prima, págs. 359-371.

El autor estudia los problemas que plantea la aparición de nuevas especies contractuales atípicas que han surgido en el último decenio en la práctica de los intermediarios y del mercado financiero. (CJD)

744. CASAUX: «Prêt d'argent: l'indétermination du taux d'intérêt». *RDS* 1994, núm. 44, págs. 605-608.

Nota a la sentencia de casación 1.^a Civil de 9 de febrero de 1994 sobre contratos bancarios. Contratos y obligaciones. (ARANDA/SIERRA).

745. COSTATO, L. y otros: «Credito agrario e peschereccio», *NLCC*, 1995, núm. 2, págs. 322-343.

Análisis de los artículos 43-45 del decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, núm. 385, «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», sobre crédito agrario y pesquero.

Concepto, letra de cambio agraria, sistema de garantías conectadas a las operaciones de crédito agrario y pesquero, disciplina del privilegio convencional y legal. El Fondo interbancario de garantía. (RDR).

746. ECKARDT, D.: «Der Anspruch des Grundstückskäufers auf die Feuer-versicherungssumme als Fehlersurrogat», BB, 1994, págs. 1946-1953.

El autor trata de aclarar, a la luz de la jurisprudencia del BGH, si el comprador de una finca tiene derecho a la prima de un seguro de incendios concertado por el vendedor, en calidad de subrogado de éste. (MPGR)

747. ECONOMIDES-APOSTOLIDIS: «La nature juridique des relations issues de l'utilisation d'une carte de crédit dans le droit des États membres de la CEE», RCDI, 1994, núm. 4, págs. 1023-1068.

El autor estudia las relaciones jurídicas entre el organismo emisor y el titular de la tarjeta, así como la relación entre el emisor y el establecimiento afiliado en los diversos Ordenamientos europeos: Derecho alemán, inglés, belga, español, danés, griego, italiano, holandés, portugués, etc. (ARANDA/SIERRA)

748. GAVALDA: «Sur la garantie des déposants en cas de dépôt de bilan de leur établissement de crédit: problème d'actualité communautaire et nationale». RDS 1995, núm. 1, págs. 1-5.

Nota sobre CA París, de 24 de septiembre y 13 de diciembre de 1993 sobre bancos, fondos de depósito y obligaciones contractuales. (ARANDA/SIERRA).

749. GAVALDA: «La portée du silence d'un client lors de la réception de relevés bancaires de compte sur le sort d'intérêt contestés». RDS 1994, núm. 44, págs. 611-613.

Nota a la sentencia de casación com. de 29 de marzo de 1994. Bancos: las operaciones de créditos bancarios y los usos bancarios. (ARANDA/SIERRA).

750. GRUA/VIRATELLE: «L'affectation d'un crédit ou d'un dépôt en banque», SJ, 1995, núm. 8, I, 3826. (ARANDA/SIERRA)

751. HOPT, K.: «Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapierhandelsgesetz», ZHR, 159, 1995, págs. 135-163.

El autor analiza los principios básicos y problemas prácticos que plantea la nueva ley de títulos valores de 26-7-1994. En particular, la prohibición y las consecuencias de negocios «insider», es decir, aquéllos en los que se utiliza información no pública obtenida por razón del cargo o del ejercicio de la profesión. (IGP).

752. KAPPES, F.: «Der zivilrechtliche Schutz von Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle», JUS, 1994, págs. 549-667.

La protección jurídico-civil de los programas de ordenador en la segunda ley para la modificación de la ley del derecho de autor de 24 de junio de 1993. (MPGR)

753. LIUZZO, E.: «L'infedeltà del dipendente bancario nella disciplina convenzionale del rapporto assicurativo», BBTC, 1995, I, parte seconda, págs. 121-131.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Nápoles de 22 octubre 1992, relativa al supuesto de un contrato de seguro que cubre los riesgos de la infidelidad del dependiente en el desempeño de su actividad. (CJD)

754. MONACHON DUCHÈNE: «La forclusion en matière de crédit à la consommation», SJ, 1995, núm. 2, I, 3814. (ARANDA/SIERRA)

755. MOREAU: «La “servitude de non-concurrence”, étude critique». RDS 1994, núm. 40, págs. 331-336.

Los contratos de no competencia; límites aplicables a las cláusulas de no competencia. Las consecuencias nefastas de la no concurrencia: consecuencias jurídicas y consecuencias económicas. (ARANDA/SIERRA).

756. NAPPI, F.: «Un’ipotesi di *Garantievertrag*: il patto di riacquisto nelle operazioni di *leasing*», BBTC, 1994, VI, parte seconda, págs. 710-723.

Puede atribuirse la naturaleza de negocio de garantía al pacto de readquisición por el que el proveedor se reserva la recuperación del bien para el caso de resolución del contrato de *leasing* por incumplimiento del usuario (Comentario a dos sentencias del Tribunal de Milán de 12 y 26 noviembre 1992). (CJD)

757. NTUK, E.: «Osservazioni a Trib. Vercelli 21 luglio 1994 in tema di anatocismo», BBTC, 1995, III, parte seconda, págs. 357-359.

Comentario a una sentencia en que el Tribunal de Vercelli se manifiesta en favor de la menor onerosidad al interpretar las cláusulas de un contrato de préstamo con intereses. (CJD)

758. PERRONE, A.: «Contratti di swap con finalità speculative ed eccezione di gioco», BBTC, 1995, I, parte seconda, págs. 82-92.

Comentario a dos sentencias del Tribunal de Milán que se manifiestan acerca de la naturaleza y finalidad de los contratos de *swap* (*domestic currency swap e interest rate swap*). (CJD)

759. PISANI, L.: «Profili probatori del libretto di deposito a risparmio ed operazioni non annotate», BBTC, 1995, III, parte seconda, págs. 310-316.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 marzo 1993, en tema del valor de las anotaciones en las libretas de ahorro. (CJD)

760. PUIGELIER: «Transaction et clause de non-concurrence». RDS 1994, núm. 42, págs. 586-588.

Notas sobre la sentencia de casación social de 5 de enero de 1994 sobre cláusulas de no concurrencia y contrapartidas pecuniarias. (ARANDA/SIERRA).

761. TARDIVO, C.M.: «Revocatoria ordinaria, simulazione, frode alla legge e ai creditori in un contratto di finanziamento fondiario», BBTC, 1995, II, parte seconda, págs. 205-215.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Appello di Brescia* de 9 febrero 1994, en que se matizan las diferencias entre simulación, fraude de ley y fraude de acreedores, a raíz de un caso de crédito hipotecario. El Tribunal estimó de aplicación el artículo 67 *legge fallimentare*. (CJD)

762. TETI, R.: «La disciplina del recesso della banca dall’apertura di credito a tempo determinato nel codice del 1942: una storia di promesse legislative non mantenute, di modifiche dell’ultima ora e di “coordinamenti innovativi”», BBTC, 1995, II, parte seconda, págs. 149-170.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 7 abril 1994, que confirma que la entidad de crédito no puede rescindir el contrato de apertura de crédito si no existe justa causa, salvo pacto en contrario. (CJD)

763. VASSEUR: «Un cas exceptionnel de fraude à l’occasion de la demande de paiement d’une garantie indépendante». RDS 1995, núm. 2, págs. 24-27.

Nota a la sentencia de casación com. de 12 de enero de 1993 sobre bancos. Garantía independiente, fraude. (ARANDA/SIERRA).

764. WOLF, M.: «Vertragsrechtliche Probleme des Franchising», *BB*, 1994, págs. 1027-1033.

El artículo trata de los problemas jurídico-contractuales que surgen cuando un franquiciado, en el marco de su franquicia, ofrece productos o servicios y concluye para ello los correspondientes contratos. (MPGR)

5. DERECHO CAMBIARIO

765. BERNARDI, E.: «Emissione di assegno a vuoto: quando «scatta» la penale?», *BBTC*, 1994, V, parte prima, págs. 687-719.

Estudio de ciertos aspectos penales en relación con la emisión, circulación y cobro de cheque sin fondos. en el marco de la ley 15 diciembre 1990, núm. 386. (CJD)

766. CROSIO, S.: «Obblighi di registrazione ed esenzioni nel mercato mobiliare americano: le previsioni degli Statutes federali del 1933 e 1934», *CI*, 1994, núm. 2, pág. 530 ss.

Se analizan los *Statutes* federales de 1933 y 1934 y las *Blue sky laws* sobre la emisión y posterior negociación de títulos de crédito. (GD-PG)

767. GUERRERA, F.: «Profili di disciplina cartolare del warrant azionario: il problema dello smarrimento o sottrazione del documento», *BBTC*, 1995, II, parte seconda, págs. 227-239.

Comentario a la sentencia del *Tribunale di Torino* de 21 junio 1994, en que se declara aplicable a los *warrants* la normativa reguladora de los títulos de crédito al portador por tener la misma naturaleza. (CJD)

768. NIGRO, G.L.: «Cambiale in bianco, incompleta, non completata», *BBTC*, 1994, V, parte seconda, págs. 556-562.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Catania de 29 junio 1993. La letra de cambio incompleta es nula, pero puede servir como prueba de una promesa de pago. (CJD)

769. DE NOVA, G.: «Trasparenza e connotazione», *RTDPC*, 1994, núm. 3, pág. 935 ss.

Análisis de la Circular de la Banca de Italia de 31 de enero de 1994 en materia de transparencia bancaria en los contratos y títulos de crédito. Se estudia la legitimidad de la Banca de Italia para establecer el contenido típico de los contratos bancarios y regular la actividad desarrollada por los bancos e intermediarios financieros en el territorio de la República italiana. (GD-PG).

770. PARADISO, A.M.: «Osservazioni a Cass., 3 aprile 1993, núm. 4048, in tema di vaglia cambiario non trasferibile», *BBTC*, 1994, V, parte seconda, págs. 511-514.

Comentario a la sentencia de 3 abril 1993, sobre un supuesto de pago de valor cambiario no transferible a sujeto legitimado aparentemente. (CJD)

771. PARADISO, A.M.: «Osservazioni a Cass. 23 dicembre 1993, núm. 12761 in tema di diligenza della banca trattaria nel controllo della corrispondenza allo specimen delle firme di traenza dell'assegno bancario», *BBTC*, 1995, I, parte seconda, págs. 2-5.

No se requiere que los dependientes de la entidad bancaria sean competentes de modo especial en grafología: a efectos de quedar probada la diligencia en la revisión de la firma del cheque es suficiente que la disformidad de la misma no sea relevante. (CJD)

772. SCHMIDT, K.: «ECU - Schecks und ECU - Wechsel», ZHR, 159, 1995, págs. 96-108.

A la vista de la legislación alemana sobre cheque y letra de cambio, el autor analiza la validez de cheques o letras en los que se haya librado una suma fijada no por referencia a un determinado sistema monetario, sino en ECUS. La cuestión es discutida en la doctrina y pasa por el examen de la propia noción de dinero así como por el análisis de la exigencia legal de que el cheque (o la letra) contenga ineludiblemente la orden de pago de una cantidad de dinero determinada numéricamente (IGP).

773. SPADA, P.: «Dai titoli cambiari ai valori mobiliari», RDC, 1994, T. II, parte seconda, págs. 499-508.

Breve reflexión sobre el documento cambiario, a propósito de la ley sobre letras de cambio financieras de 13 de enero de 1994, núm. 43. (RDR).

6. DERECHO CONCURSAL

774. BONGIORNO, G.: «Il fallimento come processo volontario (premesse per uno studio sull'efficacia endoprocessuale dei provvedimenti del giudice fallimentare)», RTDPC, 1994, núm. 1, pág. 93 ss.

Se estudia el régimen jurídico establecido para la declaración judicial de quiebra partiendo de su afinidad con el procedimiento civil de incapacitación. (GD-PG).

775. BONSIGNORI, A.: «Procedure concorsuali», RTDPC, 1994, núm. 1. pág. 349 ss.

Análisis del procedimiento de suspensión de pagos y quiebra tras la sentencia de la Corte constitucional de 9 de marzo de 1992, núm. 89. (GD-PG)

776. CABRILLAC/PÉTEL: «Chronique d'actualité: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», SJ, 1995, núm. 16-17, I-3841.

Posición de la jurisprudencia y doctrina más recientes en la materia. (ARANDA/SIERRA).

777. LO CASCIO, G.: «Ancora sul sistema di difesa endofallimentare - nota a Cass. 14 aprile 1994 núm. 3509», GC, 1994, núms. 7-8, págs. I, 1808-1818. (RDR).

778. LO CASCIO, G.: «Conseguenza di procedimenti concorsuali: disarmonia interpretative - nota a Cass. 27 luglio 1991 núm. 6154», GC, 1994, núm. 11, págs. I, 2813-2817. (RDR).

779. LO CASCIO, G.: «Liquidazione giudiziale di immobili nel concordato preventivo e provvedimenti del giudice delegato - nota a Cass. 13 luglio 1994 núm. 6560», GC, 1994, núm. 12, págs. I, 3094-3098. (RDR).

780. LO CASCIO, G.: «Ancora sul regolamento di competenza per la dichiarazione di fallimento e sulla translatio iudicii: l'auspicato intervento delle Sezioni unite - nota a Cass., sez. un., 1 agosto 1994 núm. 7149», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 437-440. (RDR).

781. LO CASCIO, G.: «Decreto ingiuntivo opposto ed ipoteca giudiziale nel fallimento - nota a Cass. 1.º dicembre 1994 núm. 10260», GC, 1995, núm. 3, págs. I, 708-711. (RDR).

782. CESQUI, S.M.: «Pagamenti e prelievi bancari del debitore tra la dichiarazione di insolvenza e il decreto ministeriale di apertura dell'amministrazione straordinaria», BBTC, 1995, III, parte seconda, págs. 347-351.

Comentario a las sentencias del *Tribunale di Bari* de 30 enero y 6 febrero 1995, en materia de insolvencia de la sociedad y pago de créditos vencidos a cargo de quien tiene en su poder, por cualquier título, sumas de dinero pertenecientes a la sociedad. (CJD)

783. DIDONE, A.: «Osservazioni sulla decorrenza degli effetti del concordato preventivo - osservazione a Cass. 23 luglio 1994 núm. 6870», GC, 1995, núm. 1, págs. I, 151-152. (RDR).

784. DIDONE, A.: «Il diritto del fallito al mantenimento e il principio della solidarietà sociale - osservazione a Cass. 15 dicembre 1994 núm. 10736», GC, 1995, núm. 4, págs. I, 923-924. (RDR).

785. ERRORE, R.: «Impresa familiare e responsabilità dei familiari collaboratori», DFP, 1994, núm. 2, parte primera, págs. 547-553.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 27 de junio de 1990 núm. 6559 en materia de quiebra de la empresa familiar. (ARG)

786. FORTUNATO, S.: «La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità», BBTC, 1994, VI, parte prima, págs. 761-779.

El autor estudia algunas cuestiones relativas a la liquidación forzosa de los entes bancarios, y pone en relación la legislación comunitaria con la *legge fallimentare* italiana. (CJD)

787. FRANCO, G.: «Osservazioni sulla questione dell'ammissibilità o meno della prededuzione e del pagamento con privilegio in relazione al credito del difensore del fallimento per spese ed onorari dovuti con riferimento alla fase di appello del giudizio di omologazione - nota a Cass. 16 giugno 1994, núm. 5821», GC, 1995, núm. 2, págs. I, 471-473. (RDR).

788. FRONTINI, G.: «Azione surrogatoria e fallimento - nota a Cass. 12 aprile 1994 núm. 3413», GC, 1994, núm. 10, págs. I, 2504-2507. (RDR).

789. INZITARI, B.: «La compensabilità del credito verso il fallito con il controcredito non scaduto del fallito stesso: la prevalenza del diritto comune per l'inesigibilità invertita nel fallimento», BBTC, 1995, I, parte prima, págs. 47-57.

El artículo está dedicado al problema de la compensación en la quiebra. En particular —como señala el autor— a la compensación de un crédito con el crédito no vencido del quebrado. A estos efectos, contrasta los preceptos de la *legge fallimentare* con la *Konkursordnung* alemana; y estudia la jurisprudencia italiana. (CJD)

790. MAYR, C.E.: «Fallimento della SIM e restituzione dei patrimoni di proprietà dei clienti», BBTC, 1995, I, parte seconda, págs. 73-79.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Ferrara de 30 diciembre 1993, en materia de quiebra de una sociedad de inversión mobiliaria. (CJD)

791. MIOLA, M.: «Osservazioni a Trib. Messina 24 dicembre 1993 e 8 marzo 1994 in tema di unicità della procedura fallimentare nei confronti di società di capitali utilizzate come schermo di società di fatto», BBTC, 1995, II, parte seconda, págs. 246-257.

El Tribunal de Mesina se pronunció en las dos sentencias comentadas, en sentido favorable a la unificación del procedimiento de quiebra de varias sociedades de accionistas que encubrían una única sociedad de hecho. (CJD)

792. PONTI, L.: «A proposito di una delle ultime oasi di autodifesa contro la revocatoria fallimentare: la compensazione tra i saldi di più rapporti o più conti», *RDC*, 1995, núm. 2, parte seconda, págs. 165-170.

Breve reflexión sobre el régimen de la compensación en sede de quiebra, con particular referencia a las operaciones bancarias y cuentas corrientes. (RDR).

793. PORTALE, G.B.- DOLMETTA, A.A.: «Deposito regolare di cose fungibili e fallimento del depositario», *BBTC*, 1994, VI, parte prima, págs. 842-858.

Los autores estudian, en un supuesto de insolvencia del depositario, la pretensión del depositante de recuperar el objeto del depósito cuando se trata de cosa fungible. (CJD).

794. PRESTI, G.: «Osservazioni a Cass. 22 marzo 1994, núm. 2742 e App. Milano 25 maggio 1993, in tema di revocatoria fallimentare dell'ipoteca costituita a garanzia di finanziamento erogato per coprire una precedente esposizione», *BBTC*, 1994, VI, parte seconda, págs. 624-627.

Comentario a dos sentencias relativas a la revocación de hipoteca constituida en favor de la entidad de crédito y a la aplicación del artículo 67 l.^o de la *legge fallimentare*. (CJD)

795. RISTORI, L.: «Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto (Nota a Cass. 25 nov. 1993, núm. 11657)», *FI*, 1995, núm. 1, I, págs. 298 ss.

Se estudia la aplicación del principio *par condicio creditorum* al procedimiento de quiebra. (GD-PG)

796. VIDIRI, G.: «Il fallimento nelle associazioni (non riconosciute, in partecipazione, temporanee di imprese) e nelle società senza scopo di lucro (società sportive)», *GC*, 1995, núm. 1, págs. II, 3-25.

Observaciones sobre la quiebra de asociaciones. Distinción entre sociedad y asociaciones ejercientes de actividades empresariales. Procedimientos concursales. (RDR).

797. VIGO, R.: «Osservazioni ad App. Milano 5 ottobre 1993 in tema di revocatoria delle rimesse annotate "salvo buon fine"», *BBTC*, 1995, III, parte seconda, págs. 328-331.

Comentario a una sentencia que declara que a los fines de la existencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria no es relevante el momento en que se dispone (por mandato) el ingreso en cuenta corriente, sino el momento en que el banco procede a su recepción. (CJD)

ABREVIATURAS

| | |
|---------------|---|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Archiv. Giur. | Archivo Giuridico |
| BB | Betriebs Berater |
| BBTC | Banca, Borsa e Titoli di credito |
| CI | Contrato e Impresa |
| DFP | Il Diritto di famiglia e delle persone |
| Dir. Aut. | Il Diritto di autore |
| FI | Il Foro Italiano |
| GC | Giustizia Civile |
| GP | Gazette du Palais |
| JZ | Juristen Zeitung |
| LGCC | La nuova Giurisprudenza Civile Commentata |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NLCC | Le nuove Leggi Civile Commentate |
| RDC | Rivista di Diritto Civile |
| RDI | Revue de Droit Immobilier |
| RIDC | Revue Internationale de Droit Comparé |
| RTDC | Revue Trimestrielle de Droit Civil |
| RTDC | Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile |
| SJ | La Semaine Juridique |
| ZHR | Zeitschrift für das gesante Handels und Wirtschaftsrecht. |

Sentencias Comentadas

El deber de mitigar el daño
(A propósito de la STS [1.^a] de 15 de
Noviembre de 1994)

Por ANA SOLER PRESAS

Profesora de ICADE

I. INTRODUCCIÓN

I.1. ANTECEDENTES DE HECHO

De acuerdo con los hechos considerados probados por el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, D. Juan Manuel R.G., de profesión técnico al servicio de la entidad «Acondicionamientos y Saneamientos, S.A.» (ACOYSA), realizaba por razón de su oficio numerosos desplazamientos Madrid-Bilbao, para los cuales utilizaba siempre el avión. Al parecer, los billetes de avión los obtenía regularmente en una misma agencia de viajes y los abonaba por medio de su tarjeta de crédito Visa, expedida por el Banco Hispano-Americano, con cargo a la cuenta corriente que tenía abierta en dicha entidad.

Dicho banco tenía concertado un contrato de seguro que garantizaba a los titulares de las tarjetas de crédito expedidas por el mismo o a sus beneficiarios una indemnización de hasta veinte millones de pesetas —cifra máxima prevista para el caso de muerte— por los daños corporales sufridos como consecuencia de los accidentes en que pudiesen verse envueltos en su calidad de pasajeros en un medio de transporte público, siempre que el importe del transporte se hubiera abonado por medio de la referida tarjeta.

El 18 de febrero de 1985, acudio D. Juan Manuel a la agencia de viajes para adquirir, como de costumbre, con cargo a su tarjeta, un billete de avión para viajar a Bilbao al día siguiente. Tras la comprobación oportuna, la agencia comunicó al interesado que no podía efectuar el pago por medio de su tarjeta al haber sido cancelada ésta por el banco. Esa misma mañana se acercó D. Juan Manuel a la sucursal bancaria antes citada para interesarse por los motivos de la cancelación, informándole su Director que habían «padecido» un error, pues existía otro cliente en el banco con el mismo nombre y apellidos que él, el cual no tenía saldo disponible en su cuenta corriente y que, debiendo cancelar la tarjeta a este último, se la habían cancelado a él. D. Juan Manuel R.G. aceptó las explicaciones del banco y solicitó que se le expidiera una nueva tarjeta de crédito.

Cancelada la vieja y aún no expedida la nueva, el Sr.R.G. no pudo abonar el importe del billete de avión por medio de su tarjeta de crédito, quedando por consiguiente privado de la cobertura del seguro de accidentes inherente en este caso a dicho modo de pago. El avión en que viajaba tuvo un accidente en el monte Oiz en el que perecieron todos sus ocupantes.

La viuda de D. Juan Manuel, D.^a Encarnación M.A., entabló juicio ordinario de menor cuantía contra el Banco Hispano-Americano, Sistema 4B, S.A. y Visa España, S.A., reclamando la suma de veinte millones de pesetas y sus intereses legales desde la interposición de la demanda, así como la imposición de las costas a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de los de Madrid estimó íntegramente la demanda condenando solidariamente al pago de lo requerido a todos los demandados.

Recurren en apelación, por un lado, el Banco Hispano-Americano y, por otro, Visa España S.A., siendo desestimado por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid el primero de los recursos y estimado el segundo, revocando consiguientemente la sentencia del Juzgado de 7 de junio de 1989 a los meros efectos de absolver de toda responsabilidad en relación con el objeto de la causa a la entidad Visa España S.A.

El Banco Hispano-Americano interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia de 29 de julio de 1991, alegando los motivos que seguidamente se desarrollarán en el presente comentario, de los cuales fue estimado parcialmente el último, sustituyendo el Supremo la condena fijada por la Audiencia por el abono de diez millones de pesetas y sus intereses legales desde la fecha de la sentencia, cantidad que deberá ser abonada solidariamente por el recurrente y por Sistema 4B S.A., sin que proceda la expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias ni las del recurso de casación.

1.2. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN EL CASO

En el comentario de esta sentencia analizaremos:

— En primer lugar, las cuestiones relativas a la existencia de responsabilidad (*infra* II). Para ello es necesario determinar si:

- a) Se ha producido un incumplimiento del contrato de concesión de la tarjeta de crédito (*infra* 2.1.).
- b) De haberse producido el incumplimiento, si ha de imputarse al deudor y conforme a qué criterio (*infra* 2.2).

— Seguidamente, y supuesto que haya responsabilidad, procederemos a la determinación de la extensión cuantitativa de la indemnización a satisfacer por el responsable (*infra* III). Especificaremos si la pérdida de los veinte millones de la póliza del seguro de accidentes debe considerarse:

- a) Una consecuencia adecuada del incumplimiento (*infra* 3.1.).
- b) Una pérdida previsible (*infra* 3.2.).
- c) Una pérdida que debió haberse evitado (*infra* 3.3.).
En este punto nos detendremos para, brevemente, tratar de aclarar el concepto y la naturaleza del deber de mitigar (3.3.a.); su fundamento (3.3.b.); los criterios que rigen su aplicación (3.3.c.) y las consecuencias derivadas de su aplicación (3.3.d.).

— Por último, analizaremos jurídicamente el fallo de la sentencia (*infra* IV).

II. LA DETERMINACIÓN DEL AN RESPONDATUR

Para un mejor estudio sistemático de los motivos alegados en el recurso de casación y de la respuesta casacional a los mismos, comenzaremos por aquellos que pretenden la exoneración del banco recurrente de toda responsabilidad por la cancelación de la tarjeta de crédito de D. Juan Manuel R.G.

2.1. En este sentido afirma el recurrente que no se ha producido un incumplimiento contractual por su parte, puesto que la cancelación de la tarjeta durante su vigencia era una facultad que el banco se reservó expresamente tal y como figura en la Condición General cuarta del contrato (1). Denuncia por tanto, en el tercer motivo del recurso (recogido en el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia) la infracción de los artículos 1281 y concordantes del Código civil en relación con el artículo 1258 del mismo cuerpo legal, pues, a su juicio, de la interpretación de la referida cláusula no cabe inferir, como hace la sentencia recurrida, que sea *necesario que se comunique la cancelación* y que resulte *evidente que tal comunicación obrará efectos desde que se lleve a cabo* y no antes, y, sobre todo, que *la cancelación deba estar justifi-*

(1) Según la cual, «el banco se reserva la facultad de cancelar la tarjeta durante su vigencia» y «el titular deberá devolver al banco la tarjeta tan pronto como la cancelación le sea comunicada».

cada, precisión que, por obvia, es innecesaria hacer en el texto de un contrato cuyas condiciones han de interpretarse restrictivamente en lo que a las facultades del banco se refiere al tratarse de un contrato de adhesión (vid. el fallo de la sentencia de la Audiencia recogido en el Fundamento de Derecho tercero).

Según el recurrente, la Condición General cuarta del contrato de concesión de la tarjeta de crédito que, al tratarse de un contrato gratuito ha de interpretarse en favor de la menor transmisión de intereses (art. 1289 C.c.), no exige la previa comunicación de la cancelación, que obrará efectos desde que la acuerde el banco. Por lo que respecta al segundo requisito, entiende que la existencia de una tarjeta conflictiva y la homonimia entre dos clientes del banco justifica suficientemente la decisión de proceder a la cancelación y excluye toda idea de arbitrariedad por parte del recurrente, imposibilitado de efectuar comprobaciones para esclarecer perfectamente los hechos si pretendía, como era su deber, evitar eventuales y graves daños.

El motivo es desestimado por entender el Supremo que la Audiencia interpretó correctamente la cláusula al estimar necesario, aunque no se diga, que la cancelación esté justificada —justificación que no se aprecia en el caso de la tarjeta de D. Juan Manuel, cuya situación bancaria era perfectamente normal— y que se comunique previamente al interesado para que en la mayor brevedad posible pueda aclarar su situación con el banco, por imperativo de la buena fe negocial. Todo ello y sin perjuicio de que no sea en absoluto aplicable el art. 1289 C.c. por tratarse de un contrato oneroso por el que el usuario ha de pagar comisiones de obtención y renovación de la tarjeta.

Debe observarse no obstante que, aunque la conclusión a la que llega el Supremo es correcta, no se puede llegar a ella a través de la estricta interpretación de la Condición General cuarta del contrato que se limita a decir que «el banco se reserva la facultad de cancelar la tarjeta durante su vigencia» y que «el titular deberá devolver al banco la tarjeta tan pronto como la cancelación le sea comunicada». La Audiencia, al decir que «aunque no se diga expresamente, por resultar obvio, es necesario que para proceder a la cancelación exista una causa que la justifique» y que «la buena fe negocial exige en estos casos la previa notificación al interesado», no está procediendo a la aplicación de los criterios hermenéuticos para esclarecer el sentido de una cláusula que de por sí ni es oscura ni ambigua. De hecho está controlando de forma encubierta el contenido de una condición general de contratación que, de no precisar los requisitos o condiciones establecidos por el Tribunal para que el banco pueda válidamente proceder a la cancelación de una tarjeta de crédito sería abusiva y, como tal, nula. (2) *La integración* de

(2) Precisamente como ejemplo de condición general de contratación abusiva recoge el art. 10.1.c. 2.^a de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU) aquella que otorgue a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

la laguna que dicha nulidad produce debió realizarse abiertamente recurriendo a las fuentes previstas por nuestro ordenamiento a tal efecto como son, en el caso de autos, el derecho positivo —art. 1256 C.c.— y la buena fe contractual —art. 10.1.c, LDCU y art. 1258 C.c.— (3).

2.2. Fracasada la alegación anterior y constatado por tanto el no cumplimiento del contrato, procede analizar los motivos alegados por el recurrente en su intento de excluir la imputabilidad a su esfera jurídica de esta falta de cumplimiento. En este sentido, el primer motivo del recurso (Fundamento de Derecho cuarto) denuncia la infracción del art. 1.253 C.c. al sentar como hecho probado que *el banco canceló la tarjeta por error*, para sostener acto seguido (motivo segundo del recurso, recogido en el fundamento de Derecho quinto) que dicha *cancelación no fue negligente*, como afirma con rotundidad la sentencia de apelación infringiendo, a su juicio, los arts. 1.104 C.c. y 26 LDCU, puesto que el banco, al igual que en los casos de robo o sustracción de tarjetas de crédito, debe proceder a la inmediata cancelación de todas aquellas que se hayan expedido a clientes con el mismo nombre y apellidos que el titular de la robada o sustraída para evitar las posibles estafas que pudieran cometerse por medio de ésta. De manera que, concluye, «no hay negligencia en la falta de notificación previa a la cancelación pues la naturaleza del servicio y de la obligación contraída excluye la dilación que inevitablemente se produciría con tales notificaciones; y no la hay como consecuencia del pretendido error: basta la homonimia de los titulares para que se ordene la cancelación, sin entrar en el requisito subjetivo del error. Y todo ello derivado de la naturaleza de la obligación, elemento que hay que atender para calificar de negligente una conducta».

Ambos motivos son desestimados por el Supremo. El primero, por considerar que la calificación de la conducta del banco como fruto de un error no se ha obtenido por el Tribunal de Instancia a través de la prueba de presunciones, sino de la *apreciación directa de las pruebas* aportadas al proceso. (4) así como de *la forma de proceder del banco*, que cancela la tarjeta de un cliente sin previamente comprobar a través de los más que suficientes medios con los que cuenta (D.N.I., N.I.F.,

(3) Sobre el control encubierto del contenido de las condiciones generales a través de la interpretación, véase ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (1991), pp. 288 ss. En la misma obra puede consultarse un análisis detallado sobre la interpretación integradora del contrato y su diferencia conceptual con la reducción conservadora de validez de una cláusula contractual, pese a que en determinados casos, como el presente, pueda conducir a resultados similares. . *Vid.* pp. 423 y ss., especialmente pp. 440-441.

(4) En concreto, de la misma contestación a la demanda donde se manifiesta que «La cuestión (sobre las causas de la tan repetida cancelación) quedó aclarada cuando el fallecido marido de la actora pudo demostrar que él era otro Juan Manuel R.G. puesto que en la sucursal había dos clientes con igual nombre y apellidos».

n.º de la tarjeta, profesión, domicilio etc.) si era él quien que se encontraba en situación irregular o si dicha situación afectaba a un cliente homónimo.

Dicha conducta, fruto de un «evidente e injustificable error» constituye, a juicio del Tribunal, un supuesto de «evidente negligencia, ya que una norma de elemental prudencia exige al banco comprobar quién es el cliente cuya tarjeta ha de cancelarse y, en caso de estimar procedente la cancelación de las tarjetas de ambos, comunicárselo con toda urgencia a ambos, pues lógicamente uno de ellos será totalmente ajeno a la situación originadora de tan radical medida».

Pese a coincidir plenamente con el Tribunal en la consideración de la conducta del banco como un claro incumplimiento contractual a él imputable, no considero tan *evidente* que dicha imputación se pueda fundamentar en una *obvia negligencia* del recurrente sin previamente considerar cuál es el sistema utilizado por las entidades bancarias para proceder a la cancelación de las tarjetas de crédito, y si dicho sistema permite distinguir a la hora de cancelar tarjetas de clientes homónimos entre supuestos de robo-hurto y supuestos de falta de liquidez, o si podría perfeccionarse el sistema en este sentido sin que implicara un coste excesivo. (5) Y dado que los emisores de tarjetas de crédito compiten en un mercado abierto, no es irracional pensar que el perfeccionamiento del referido sistema para que ofreciera mayores garantías a los usuarios de las tarjetas — en el sentido de disminuir el margen de error en la cancelación de tarjetas de clientes homónimos— se adoptaría si no fuese excesivamente costoso. De lo expuesto podría inducirse que la conducta alternativa —mayores comprobaciones previas a la cancelación— que el Tribunal, al calificar la conducta del banco como *negligente* impone a todos los emisores de tarjetas de crédito, supone, probablemente, un coste ineficiente que en definitiva vendrían a soportar todos los usuarios de las mismas.

Dicha calificación es, además, innecesaria para alcanzar el fin perseguido, esto es, que el banco responda del incumplimiento del contrato. Debe recordarse en este sentido que la culpa-negligencia no es ni el único ni el más importante criterio de imputación del incumplimiento al deudor, ya que concurre con otros criterios también generales como son el de la «esfera de control del deudor» y el «riesgo implícitamente asumido al contratar». (6)

(5) El supuesto de robo-hurto de la tarjeta está hábilmente traído a colación por el recurrente ya que en ese caso, a diferencia de lo que ocurre en el de autos —cancelación motivada por falta de liquidez del cliente homónimo—, la cancelación inmediata e indiscriminada de todas las tarjetas de clientes con idéntico nombre y apellidos podría justificarse y, por tanto, exonerar de responsabilidad al banco, por el perjuicio que la menor dilación pudiera ocasionar a los demás usuarios, y no exclusivamente al banco.

(6) Vid. PANTALEÓN en *El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)*. ADC, jul-sep. (1991), pp. 1067-1072, conclusión por lo demás plenamente congruente con la interpretación «objetiva» que de la culpa llevan a cabo tanto la doctrina como la jurisprudencia y con el criterio de imputación general

El banco responde *objetivamente* porque el riesgo de ocasionar un perjuicio a un cliente al cancelarle la tarjeta por confundirle con otro homónimo se ha generado en su esfera de control —él decide qué sistema resulta más eficiente para la cancelación de tarjetas— siendo, por tanto, un riesgo que ha de considerarse asumido al celebrar el contrato —puesto que, a menos que otra cosa se pacte, es quien mejor puede prever y administrar dicho riesgo— (argumento *ex art.* 1107.1.C.c.). Responsabilidad que, por otra parte, se deduce del hecho de que la confusión provocada por la existencia de dos clientes con idéntico nombre y apellidos no pueda considerarse un «suceso imprevisible» o «inevitable» (7) a efectos de exonerar al deudor de responsabilidad (argumento *ex art.* 1105 C.c.).

III. LA DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

Una vez establecida la responsabilidad del banco por los perjuicios que el incumplimiento del contrato —cancelación injustificada de la tarjeta de crédito— produjo a D. Juan Manuel R.G., resta por analizar qué extensión ha de darse a dicha obligación resarcitoria. En este sentido el cuarto motivo del recurso, formulado lógicamente con carácter subsidiario a los tres anteriores, pretende la exclusión del resarcimiento de la pérdida de los veinte millones de pesetas previstos en la póliza del seguro de accidentes, de la que sería beneficiaria la demandante si la mencionada cancelación no hubiera impedido que su difunto marido abonara por medio de su tarjeta el billete de avión.

El recurrente denuncia en su alegato la infracción de los arts. 1101 y 1107 C.c., pues entiende que «al cancelar la tarjeta de crédito del Sr. R.G. no podía prever que éste proyectara viajar en avión a Bilbao el día 19 de febrero de 1985 y, mucho menos, que en dicho día y en el expresado viaje se produjera un accidente aéreo en el que pereció el referido Sr. R.G., por lo que no existe nexo causal entre la cancelación de la tarjeta y el expresado accidente aéreo».

«controlabilidad del riesgo» recogido en el art. 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ratificado por España y publicado en el B.O.E. de 30 de enero de 1991.

(7) Un importante sector doctrinal interpreta el «suceso» del art. 1105 C.c. como un «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor», TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC (1971), pp. 1154 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, (1993), pp. 589 ss. Y configura la imprevisibilidad como requisito autónomo del caso, no como presupuesto lógico de la inevitabilidad (*vid.* PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1065 y doctrina allí citada), de manera que no sólo no exonera un impedimento previsible al contratar —y, por tanto, asumido por el deudor— sino que tampoco lo hace aquel que no fuera previsible al contratar pero lo sea posteriormente y que, pudiendo evitarse con el desempeño de la diligencia debida, no se haga.

Del párrafo transcrito puede deducirse que se están invocando, aunque confusamente, tres argumentos distintos:

3.1. En primer lugar, al aludir el recurrente a la inexistencia de nexo causal entre la cancelación de la tarjeta y el accidente aéreo parece sostener que la pérdida efectivamente sufrida por la demandante —veinte millones de pesetas— no es una consecuencia adecuada del incumplimiento del contrato —cancelación de la tarjeta— y, como tal, no ha de ser objetivamente imputada al mismo. (8) El Supremo no acoge, acertadamente, esta línea de argumentación. Aunque no se manifieste expresamente al respecto, es obvio que el *daño concretamente sufrido* —privación del beneficio que la cobertura de un seguro de accidentes proporciona, beneficio que, como en el caso de autos, puede alcanzar una dimensión cuantitativa de hasta veinte millones de pesetas si se produce el siniestro previsto en la póliza— *es objetivamente imputable al incumplimiento del contrato* de acuerdo con el criterio de la adecuación, ya que la producción de dicho evento no habría sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado que hubiese considerado la cuestión *ex-ante*, en el momento en que se procedió a la cancelación de la tarjeta, máxime si tenemos en cuenta que es el propio banco emisor el que pone de relieve la probabilidad de la producción del siniestro, incentivando el uso de la tarjeta para la adquisición de billetes en los medios de transporte públicos añadiendo al beneficio que de por sí entraña la utilización de este medio de pago, la póliza del seguro de accidentes.

3.2. En segundo lugar, se puede deducir de las palabras del recurrente que pretende argumentar la exclusión del resarcimiento del premio del seguro en la delimitación del *quantum respondatur* que establece el art. 1.107.1, primer inciso, del C.c., según el cual el deudor de buena fe sólo responde de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Pretensión que parece también rechazarse por el Tribunal, aunque no con la rotundidad que sería deseable, (9) puesto que resulta evidente que el deudor al celebrar

(8) Sobre los criterios de imputación objetiva del daño, véase PANTALEÓN, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código civil*, II, (1991), pp. 1561 ss.; así como en el comentario al art. 1.902 del *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia (1991), pp. 1981 ss., especialmente, pp. 1987-88. También R. DE ANGEL YAGÜEZ, en su *Tratado de responsabilidad civil*, (1993), pp. 787 y ss.

(9) Cito textualmente «Al cancelar (injustificadamente, además) la tarjeta de crédito Visa de que era titular el Sr.R.G., el banco emisor de dicha tarjeta *podía, indudablemente, prever que aquél quedaba privado de todos los beneficios inherentes a la expresada titularidad*, uno de los cuales era, ciertamente, la posibilidad de obtener un billete en cualquier medio de transporte público con el seguro de accidentes que amparaba la adquisición del billete efectuada por dicho medio de pago. Es cierto, por otro lado, que para el banco recurrente resultaba *difícilmente previsible que iba a ocurrir el expresado accidente aéreo, dada la muy escasa frecuencia en que, afortunadamente, ello sucede*, pero no de imposible producción como lo evidencia el hecho que aquí nos ocupa. (...)» (énfasis añadido).

el contrato de concesión de la tarjeta asumió, como riesgo perfectamente previsible entonces, que el incumplimiento de sus obligaciones privaría al usuario de *todos* los beneficios inherentes a la titularidad de la tarjeta, entre ellos el beneficio proporcionado por la cobertura del seguro de accidentes con el que cuenta el titular que adquiere un billete de transporte público a través de dicho medio de pago. (10) Esta privación tendrá, en la mayoría de las ocasiones, una significación económica irrelevante, pero en ocasiones como la presente, puede suponer una cuantiosa pérdida económica. Ocasiones que, *por infrecuentes que sean no son menos previsibles* y que explican la celebración de un contrato de seguro.

3.3. Por último, aunque no haya sido expresamente alegado por el recurrente, las circunstancias del caso y la prueba aportada al proceso ponen de manifiesto un claro incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del marido de la demandante, como reconoce el Tribunal en el Fundamento de Derecho Séptimo al manifestar que «el Sr. R.G., que lógicamente sabía o debía saber que, al haberle sido cancelada la tarjeta de crédito Visa de la que era titular, quedaba privado del seguro de accidentes inherente a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima (330 pesetas, según aparece probado en el proceso) haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, con lo que su esposa, como beneficiaria, habría percibido la misma indemnización que el otro (el correspondiente a la tarjeta cancelada) le garantizaba». Concluye el Supremo admitiendo parcialmente el motivo por apreciar «una concurrencia parcial de imprevisiones, no sólo por parte del banco emisor de la tarjeta (...), sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión ya sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual (aunque para él también difícilmente previsible) daño que le imponía la buena fe comercial, una vez que había aceptado las explicaciones que le dio el banco, como lo evidencia el hecho de que en vez de dar por extinguidas totalmente sus relaciones con dicha entidad bancaria, aceptó que ésta le expidiera una nueva tarjeta (...)». Acogimiento parcial que le lleva a moderar la indemnización fijada por la Instancia por tratarse, a juicio del Tribunal, de uno de los supuestos más claros en que está indicada la utilización de la facultad establecida por el art. 1.103 C.c., y a condenar consecuentemente al banco recurrente y, solidariamente, a Sistema 4B S.A. al pago de diez millones de pesetas con sus intereses legales desde la fecha de la sentencia (Fundamento de Derecho octavo).

(10) Beneficio que bien se encarga el banco de resaltar en la publicidad de sus tarjetas de crédito.

Es en el razonamiento dado por el Supremo para el acogimiento —aunque sea parcial— del motivo donde radica el mayor interés de la sentencia que comentamos, pues se trata del primer caso en el que se admite expresamente por el Alto Tribunal la existencia del deber de mitigar los daños, (11) aunque tengamos que lamentar que induzca a error sobre la operatividad del mismo —el deber de mitigar vincula al acreedor del resarcimiento, independientemente de si decide dar por extinguidas o no sus relaciones con el deudor— y que no sea consecuente con su admisión a la hora de emitir el fallo, como tendremos ocasión de comprobar tras analizar el contenido esta doctrina.

a) *Concepto y naturaleza del deber de mitigar.* El deber de mitigar exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado. No se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga (*onere*) cuyo incumplimiento sólo precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas podían haberse evitado o minorado. (12)

En los sistemas del *common law*, donde mayor desarrollo ha tenido esta doctrina, el *duty of mitigation* constituye un principio general de delimitación del resarcimiento íntegro debido por los daños ocasionados principalmente por el incumplimiento de un contrato, aunque también

(11) De forma implícita el Supremo sí ha analizado cuestiones propias de la doctrina del deber de mitigar el daño, como es la posible *exigibilidad del sometimiento a una intervención quirúrgica*, para negarla, quizá con excesiva rotundidad, si lo que se pretende es resarcimiento de las secuelas (evitables con dicha operación) sufridas como consecuencia de un delito de lesiones (STS 2.^a de 19-1-1981 (Ar. 156); o para afirmarla si lo pretendido es la obtención de la declaración de «gran invalidez» cuando las lesiones puedan sanarse con una intervención quirúrgica «ordinaria», entendiéndose por tal aquella que no se considere excesivamente arriesgada y de resultado incierto (STS 6.^a de 19-VI-1981 (Ar. 857) y de 15-VII-1987 (Ar. 5.392), que continúan el criterio sentado por las STS de la misma Sala de 7-VI-1978 (Ar. 2.544); de 24-X-1978 (Ar. 3.742) y 8-X-1979 (Ar. 3.516). La doctrina del deber de mitigar explica también que en determinados casos se excluya el resarcimiento de daños ulteriores o consecutivos, aunque el Supremo recurra al cómodo expediente de la «incertidumbre» o «contingencia» del lucro cesante.

(12) El juego de esta carga o deber permite al acreedor adoptar medidas más costosas de lo razonable o no adoptar ninguna. Únicamente impide que las consecuencias de dicha actuación irracional se pongan a cargo del deudor. Como gráficamente expuso PEARSON L. J. en *Darbishire v. Warran* (1963) 1 W.L.R.(C.A.), «el (demandante) tiene pleno derecho a ser tan extravagante como quiera, pero no a costa del demandado». (p. 1075). En el caso, la Corte de Apelación limitó el resarcimiento pretendido por el demandante al valor de mercado de un vehículo de análogas características al dañado, negando el reembolso de los costes de reparación en que había incurrido el demandante consciente de que los mismos excedían del valor de mercado del objeto en cuestión.

se aplica a los causados por un *tort*. (13) Se trata por tanto de un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento (*measurement of damages*), aplicable una vez que se ha determinado la resarcibilidad del daño concreto en virtud de los criterios de causalidad fáctica —«but-for» test— y de imputación objetiva del daño —*remoteness of damage* y sus derivados: *foreseeability* y *contemplation of the parties*—. (14)

b) *Fundamento*. La doctrina angloamericana justifica la aplicación de este criterio de delimitación cuantitativa de la indemnización en el carácter meramente compensatorio de la indemnización —que explicaría la exclusión del resarcimiento de las pérdidas que, efectivamente, haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras—, así como en razones de política socio-económica que exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos desincentivando, con la exclusión del resarcimiento, que el agraviado sufra pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable. (15)

En los sistemas de derecho civil la doctrina y la jurisprudencia no han prestado gran atención al principio (16), confundiendo en las contadas ocasiones en que se han referido al mismo con otra figura afín como es la «conurrencia de culpas» (*rectius*, causas).

Esta confusión puede explicarse en parte por los orígenes del deber de mitigar en los sistemas de derecho civil. Como afirma el civilista

(13) Aplicado como tal por la jurisprudencia y positivizado en el § 350 del norteamericano Restatement (2nd) Contracts (1981).

Además de utilizarse como criterio de delimitación autónomo, cuando la forma de mitigar la pérdida es clara —i.e. acudir al mercado para procurarse un sustituto de la prestación fallida—, el *duty of mitigation* se incorpora en los criterios específicos de valoración de los *damages*, conformando las llamadas *market rules* o reglas de mercado, que determinan los valores relevantes para el cálculo de la indemnización por incumplimiento de un contrato que tenga por objeto bienes o servicios de precio corriente (*vid.* las sec. 50-54 de la Sale of Goods Act (1979) inglesa y el art. 2-708/ 712-715 del Uniform Commercial Code americano) El deber de mitigar determina también el momento relevante para valorar la pérdida, que normalmente será el del incumplimiento, a menos que se estime que el acreedor no pudo mitigar la pérdida hasta un momento posterior. (*vid.* MACINTOSCH & FRYDERLUND, *An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation*, 37, Univ.Toronto L. J (1987), pp. 113 ss., 121).

(14) Para una clara delimitación del ámbito de aplicación de los distintos criterios *vid.* OGUS, *The law of Damages* (1973), p. 314; y MCGREGOR, *On Damages* (1988), n.º 12, 112.

(15) Destacan especialmente este último aspecto McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), n.º 33; y, entre la doctrina inglesa, OGUS, *op.cit.*, p. 85 y BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (1994), p. 69.

(16) A pesar de encontrarse recogido, con carácter general, en el §254.II B.G.B.; art. 1227.II del Código italiano del 42 y en el art. 44 Código Suizo de las Obligaciones. En nuestro país sólo lo encontramos expresamente regulado en normas especiales, como el art. 17 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro y el art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (B.O.E. 30 de enero de 1991).

que más detenidamente ha estudiado el tema, el origen de la regla se encuentra en la pandectística alemana, que rompe con el estricto individualismo de épocas anteriores dejando paso a una concepción social del Derecho propia de la Edad Moderna. (17) Este principio de mitigación fue recogido posteriormente por Pothier, quien, utilizando su famoso ejemplo de la vaca enferma que contagia al resto del ganado, considera que aún en los casos de dolo del vendedor éste no ha de resarcir la pérdida de la cosecha sufrida por el comprador porque, muertos sus bueyes, no haya podido cultivar sus tierras, ni la pérdida de éstas porque la falta de ingresos le impida pagar sus deudas, puesto que estos daños pueden tener otras causas. El comprador, estima Pothier, *pudo prevenir la pérdida* de la cosecha comprando o alquilando otros bueyes que arasen sus fundos, o arrendando las tierras que no vaya a cultivar. No obstante, si recurriendo a estos expedientes no lograra obtener todo el beneficio que habría conseguido cultivando por sí mismo con sus propios bueyes sus tierras, puede reclamar el resarcimiento de la pérdida sufrida. (18)

Las ideas de Pothier no se plasman positivamente en el *Code* (19), pero sí parecen seguirse por la doctrina y jurisprudencia francesa que, centrándose en la similitud de los efectos que la aplicación de una y otra figura producen, incluyen supuestos paradigmáticos del deber de mitigar dentro de una concepción amplísima de la «conurrencia de culpas». (20) Confusión que se acrecienta con la promulgación del Código civil alemán que recoge bajo un mismo epígrafe —*Mitverschulden*— tres supuestos que lo único que tienen en común es que conducen a la reducción de la indemnización como consecuencia de la conducta del agraviado, como son el caso de la «conurrencia» de culpas en la causación del daño —verdadero supuesto de *Mitverschulden*, o mejor, de *Mitverursachung*, §254.I.—; la falta de comunicación del riesgo de un daño extraordinariamente alto —como criterio de determinación de la causalidad adecuada— y el incumplimiento del deber de mitigar el daño —§ 254 II. *in fine*— que, a diferencia de los

(17) Vid. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subíto*, Riv. Dir. Civile, I (1972), pp. 553 ss., 568-9.

(18) *Traité des Obligations* (1761), n.º 167.

(19) Como tampoco en aquellos que le siguen, como el *Codice* de 1865 o el Código civil español.

(20) En particular, el no sometimiento de la víctima de una lesión física a un tratamiento quirúrgico que, con escaso riesgo, pueda sanar las secuelas del daño. Vid. MAZEAUD et TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, II (1958), pp. 434 ss.; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VI (1952), pp. 787-790; CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile* (1983), n.º 51, pp. 73-74. Concepción que entre nosotros abiertamente comparte SANTOS BRIZ, en *La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y Derecho procesal* 7, (1993), pp. 117 ss., especialmente en la p. 120.

anteriores, entra en juego una vez producido el daño, aunque el resultado práctico pueda ser el mismo. (21)

La mayoría de la doctrina italiana no reconoce que el nuevo art. 1227.II del *Codice* (22) suponga la positivación de una regla autónoma como el deber de mitigar el daño, sino que lo considera aplicable al caso de la «conurrencia de culpas» no ya en la producción del daño base (supuesto de hecho del párrafo primero del artículo), sino en la producción de un daño ulterior, de manera que éste segundo inciso vendría a negar el resarcimiento de aquella pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base pero que su producción sólo pueda ser atribuida a la intervención de la víctima. Interpretación sumamente criticable puesto que para obtener dicho resultado no es necesaria una norma como la del art. 1227.II, bastando la aplicación del principio de causalidad del art. 1.223, que excluye del resarcimiento las consecuencias ulteriores e indirectas del daño. (23)

Urge por tanto diferenciar conceptualmente el deber de mitigar de la «conurrencia de culpas», ya que la determinación de los distintos presupuestos que la aplicación de una y otra figura exigen, nos permitirá concluir que el fundamento del citado deber no estriba en la ausencia de conexión causal entre el acto del pretendido responsable y el daño sufrido por el agraviado.

La concurrencia de culpas exige que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño, excluyéndose del resarcimiento aquella pérdida que se deba al comportamiento «negligente» del demandante, no a la actuación del demandado. El deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante.

En el primer caso, las pérdidas que deban excluirse del resarcimiento vendrán determinadas por la aplicación —objetiva— de los criterios de causalidad jurídica. En el segundo, serán las circunstancias —objetivas y subjetivas— del caso las que determinen qué medidas podía, luego debía, haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base puedan derivarse en un futuro.

(21) MERTENS, *Soergel Kommentar zum B.G.B.* ¹², § 254 Rdnr.4; GRUNSKY, *Münchener Kommentar* ², § 254 Rdnrn. 38, 44.

(22) Precepto introducido por el Código de 1942, según el cual «*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*».

(23) Una crítica más detenida a esta postura mayoritaria puede verse en CRISCUOLI, *op.cit.*, pp. 566 y ss.

El fundamento de este deber *autónomo* de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de *la buena fe* (art. 7.1 C.c.). (24)

c) *Aplicación*. A la hora de determinar qué medidas han de considerarse razonables —y, por tanto, exigibles— no debemos olvidar que quien pretende la aplicación de la doctrina es precisamente el causante del daño. Así, no sería justo negarle el resarcimiento al acreedor que yerra en la elección de la medida mitigadora si su actitud puede considerarse razonable atendidas *ex-ante* las circunstancias del caso. (25) En general, la precaución exigible al acreedor del resarcimiento en la mitigación del daño es la que se deduzca del patrón de diligencia objetivo —«buen padre de familia» o el anglosajón *ordinary course of business*— adecuado a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso. (26)

(24) De forma clara, CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 572, quien lo considera una exigencia autónoma de la buena fe que impone un deber de cooperación, de injerencia efectiva en la esfera jurídica del demandado, hasta el límite de la diligencia ordinaria en la salvaguarda de intereses ajenos. También Bianca fundamenta el deber de mitigar en la exigencia general de comportarse según *correttezza*, aunque en su exposición no termina de desvincularlo del fundamento causal. *Inadempimento delle Obbligazioni*², en el *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, art. 1227, pp. 426-429. Lo mismo cabe decir del planteamiento del Prof. Díez-PICAZO, en *Fundamentos...cit. supra*, II, p. 689. Expresamente incluye el deber de mitigar dentro de la figura de la concurrencia de culpas SANTOS BRIZ, en *La Responsabilidad Civil...cit. supra*, p. 117. Entre nosotros, también se han referido (escuetamente) al deber de mitigar LACRUZ, en *Elementos del Derecho Civil*, II, 1.^o (1985), p. 547; CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, XV-1, pp. 734-739; PANTALEÓN, en el *Comentario del Código Civil*, II, del Ministerio de Justicia, p. 1993 y, últimamente, R. DE ANGEL YAGÜEZ, en el *Tratado de Responsabilidad Civil* (1993), p. 845. Sobre la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, *vid.* STOLL, en V. CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990), art. 77, Rdnr.5.

(25) Ilustrativas en este sentido son las palabras de Lord. McMILLAN, «Cuando el agraviado por el incumplimiento de un contrato se encuentre como consecuencia del mismo en una situación embarazosa, las medidas que se vea abocado a adoptar para salir de ella no han de ser juzgadas estrictamente (*weighted in nice scales*) a instancia de la parte cuyo incumplimiento ha ocasionado la dificultad. Una vez que la emergencia ha pasado, resulta fácil criticar las medidas que se han tomado para hacerle frente, pero dicha crítica no es bien recibida de aquellos que han creado la emergencia. Para el Derecho es suficiente con que la parte que se encuentra en dificultades como consecuencia del incumplimiento de un deber por la otra haya actuado razonablemente al adoptar medidas para solventarla y no quedará privado del derecho al reembolso del coste de dichas medidas únicamente porque la parte incumplidora sugiera que debieron adoptarse otras medidas menos gravosas para ella.», *Banco de Portugal v. Waterloo and Sons* (1932), A.C. 452, 506.

(26) Entre los anglosajones, por todos, McCORMICK, *op. cit.*, n.^o 35. La doctrina alemana recurre también al patrón de diligencia objetivo —el propio de un *sorgfältiger und verständiger Mensch*—. Grunsky, *Münch. Komm.*², § 254 Rdnr.38; Lange, *Schadenersatz*², en *Handbuch des Schulrechts*, (1990), § 10 X 3, p. 588.

La actividad mitigadora ha de financiarse por el acreedor si ello no supone una limitación importante en su nivel de vida, pudiendo recurrir, en caso contrario, a la financiación externa más barata que pueda obtener. (27) Si la incapacidad financiera del acreedor para hacer frente a los gastos que la mitigación del daño supone fuera previsible por el deudor, deberá éste resarcir el daño íntegro pues, en las circunstancias del caso, las medidas que en general habrían sido idóneas para mitigar la pérdida no están al alcance del acreedor. (28)

Si la lesión es física, la víctima no está obligada a someterse a un tratamiento quirúrgico para tratar de mitigar el daño a menos que, según el estado de la ciencia, no resulte peligrosa ni excesivamente dolorosa y ofrezca perspectivas de curación o importante mejoría. (29)

En la mitigación del daño, el demandante tampoco tiene que arriesgar su reputación comercial, ni causar un daño a terceros, ni iniciar contra éstos litigios complicados o arriesgados. (30)

Más conflictivo resulta determinar si el deber de mitigar exige, como regla general, acudir al mercado para procurarse una prestación sustituta de la debida. En el *common law*, donde el remedio de los *damages* es prioritario, sí cabe afirmar la exigibilidad de la realización de un negocio de cobertura siempre que, lógicamente, el objeto del contrato sea accesible en el mercado. (31) En los sistemas de derecho civil

(27) MERTENS, *Soergel Komm.*(12), § 254 Rdnr.85; GRUNSKY, *Münch.Komm.* ², § 254 Rdnr.57.

(28) Véase en este sentido la jurisprudencia inglesa —una vez superado el caso *Liesbosch Dredger v. SS. Edison* (1933)— en McGregor, *op. cit.* n.º 321; y la alemana en Lange, *op. cit.*, pp. 586 y ss.

(29) Sobre este punto el consenso es generalizado. Por limitar la cita a nuestras fronteras, véase la línea jurisprudencial seguida por la Sala 6.^a del Tribunal Supremo (sentencias recogidas en la nota n.º 11); SANTOS BRIZ, *op. cit.* p. 120; LACRUZ, *op. cit.*, p. 547 y PANTALEÓN, en el *Comentario del Código Civil*, *cit.* p. 1993.

(30) En el caso *Banco de Portugal v. Wateloo and Sons Ltd.* (1932), A.C. 452, el demandado, que tenía la obligación de imprimir cierta cantidad de billetes para el demandante, confió negligentemente parte de ellos a un tercero, quien los puso en circulación inmediatamente. Nada más descubrir el hecho, el banco detuvo la puesta en circulación del resto y ofreció la sustitución de los circulantes por otros de nueva impresión. Posteriormente, reclama el resarcimiento por el coste que la sustitución de los billetes ilegales por otros de curso legal supuso, además del coste de nueva impresión de un número de billetes igual al encargado. La House of Lords concedió ambas partidas, especificando respecto la primera que el banco estaba obligado a sustituir la moneda ilegal por la legal para proteger su propio crédito y los intereses de terceros de buena fe.

(31) Deber de cobertura que el sistema norteamericano extiende incluso a la pretensión de cumplimiento cuando la prestación debida sea el pago del precio —*action for an agreed sum*—, considerando que no han de resarcirse los mayores gastos en que incurra el acreedor que prosiga el programa prestacional a pesar de que el deudor le haya comunicado su decisión firme de incumplir el contrato —*anticipatory breach*—, a menos que el acreedor logre probar que tras un período razonable, no ha logrado colocar su prestación en el mercado o que la sustitución de la prestación era inviable (so-

donde, por el contrario, prima la pretensión de cumplimiento, no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la realización de un negocio de cobertura. En este sentido es tajante la doctrina alemana mayoritaria al afirmar que el deber de mitigar *ex* § 254.II.2 B.G.B. sólo excepcionalmente obliga a la cobertura, excepciones que, según las circunstancias especiales, se producirán cuando la sustitución pueda realizarse sin dificultad y el objeto del contrato sean bienes o servicios sumamente fungibles cuya adquisición pueda minorar de forma importante la pérdida, o bien cuando el acreedor del resarcimiento realice con frecuencia dada su profesión o ámbito de negocio contratos de este tipo. En todo caso, no será exigible la cobertura cuando subsista la pretensión de cumplimiento. (32)

Sí puede serle exigible al acreedor que acepte una oferta del deudor incumplidor si con ello contribuye a paliar los daños.

De este aspecto se ha ocupado con especial detenimiento la jurisprudencia americana, (33) cuyo estudio permite concluir

la aplicación de esta política al contrato de compraventa véase el § 2-709 del Uniform Commercial Code). El sistema inglés permite el resarcimiento de estos mayores gastos devenidos inútiles por el incumplimiento siempre que el acreedor no haya aceptado la *anticipatory repudiation* y le asista un interés legítimo para insistir en el cumplimiento, aunque no faltan entre su doctrina partidarios de la solución americana. *Vid.* TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (1988, reimp. 1991), § 147.

(32) MERTENS, *Soergel Komm.*, § 254, Rdnr.80; en la misma obra, WIEDEMANN, § 325, Rdnrn. 56, 59; EMMERICH, *Münch.Komm.*, § 325 Rdnrn. 48, 50, 58; OTTO, *Staudinger Kommentar* (12), § 325, Rdnrn. 41, 47. En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (*cit.* nota 16) se opta por una solución de compromiso. Rechazada la propuesta americana de extender, a imagen de su regulación interna, el deber de mitigar a otros remedios, sólo se considera obligado por el mismo el acreedor del resarcimiento, una vez que se haya excluido la posibilidad del cumplimiento. No obstante puede el deudor probar que la insistencia en el cumplimiento responde exclusivamente a un afán especulativo, en cuyo caso el resarcimiento quedará limitado al coste del negocio de cobertura que pudo y debió realizar en su momento. *Vid.* Stoll, *op. cit.* art. 77, Rdnrn.8, 11.

(33) *Vid.* Severini v. Sutter-Butte Canal Co., (1922), 59, Cal.App. 154, 210, p. 49, donde el demandado, una compañía de aguas, reclama al demandante el pago del canon anual por anticipado, no al final del año como habían convenido. El demandante —agricultor—, se niega a aceptar el requerimiento, cortando el demandado el suministro de agua y perdiendo consecuentemente el demandante la cosecha por falta de riego. La Corte de Apelación de California niega al agricultor el resarcimiento de los daños porque estima que el coste que el anticipo del pago representaba (\$2) era trivial comparado con los daños que el impago podía producir, por lo que el agricultor incumplió el deber de mitigar al no aceptar la exigencia del demandado. Observese que el coste que para la compañía de aguas habría supuesto el aplazamiento del pago no era en absoluto trivial, por la repercusión que dicha concesión habría tenido de cara al resto de los contratos de suministro por ella realizados. Obviamente, si el coste adicional que para el acreedor supone la propuesta del demandado no se considera nimio, no está obligado a hacer mayores concesiones. *Vid.* Schultz v. Lakeport, 5 Cal.2nd 377, 108 A.L.R.1168 (1936), narrado por CALAMARI & PERILLO, en *The Law of Contracts* (1987) § 14-15.

que «incluso el realismo económico debe tener en cuenta el desagrado que supone hacer nuevas concesiones o continuar relacionándose con quien se ha comportado injustamente, de forma que, cuando el interés en juego no sea excesivamente cuantioso, debe considerarse razonable lavarse las manos y negarse a continuar negociando con el incumplidor, aunque sea para minimizar las pérdidas. Pero cuando esta política de indiferencia («*hands off policy*»), impulsada por la indignación o el resentimiento, pueda perjudicar intereses de una magnitud absolutamente desproporcionada con la leve humillación que pueda provocar la concesión, el agraviado debe tragarse su orgullo y cooperar con el causante del daño para reducir la pérdida». (34)

En nuestra jurisprudencia encontramos un caso análogo a los contemplados por la jurisprudencia americana, cual es el resuelto por la STS (1.^a) de 6 de mayo de 1960 (Ar. 1.716). El demandante concertó con RENFE un contrato de transporte de un circo sometido a un tarifa especial. Una vez llegado a su destino, RENFE le exigió para retirar la carga el pago de la tarifa normal (cuatro veces superior). El demandante se negó a pagar y reclamó judicialmente la devolución del circo y la indemnización de la pérdida del beneficio que el espectáculo le habría reportado de habersele devuelto según lo convenido. Aunque el Supremo negó el resarcimiento del lucro cesante alegando que su obtención era *incierta* —como corresponde a toda ganancia futura, por definición hipotética o contingente—, la verdadera razón que justifica el fallo es, como en su día señaló Díez-Picazo (35), el incumplimiento por parte del demandante de su deber de mitigar el mayor daño que el incumplimiento podría producirle, negándose a pagar la tarifa (injustamente) exigida por RENFE.

d) *Conclusión.* El deber de mitigar contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de medidas mitigadoras *ab initio* razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso.

En el caso de autos, D. Juan Manuel sabía o debía saber, como bien recalca el Tribunal, que al comprar el billete de avión sin su tarjeta de

(34) McCORMICK, *op. cit.*, n.º 39, p. 145.

(35) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (1966), pp. 505 y ss.; véase también en *Fundamentos...cit.supra.* II, p. 689.

crédito quedaba privado del contrato de seguro inherente a este particular uso de la tarjeta. Y que este daño, que el incumplimiento del banco le ocasionó, podía incrementarse *in itinere* por la producción del siniestro cubierto por la póliza, incremento que podía evitarse fácilmente mediante la contratación de otra póliza de seguro sustituta de la que le ha privado el banco. Siendo consecuentes con la doctrina antes expuesta, la demandante no puede pretender el resarcimiento de una pérdida —veinte millones— que pudo fácilmente evitarse mediante la adopción de medidas razonables, como lo era, en este caso, la suscripción de un contrato de seguro. (36) Debería por tanto indemnizarse únicamente el coste que el contrato sustituto en cuestión habría supuesto: 330 pesetas, según consta en autos.

IV. ANÁLISIS DEL FALLO

Tras lo expuesto, resulta difícil explicar la *ratio* de la condena al pago de diez millones establecida en la sentencia.

El Tribunal afirma que nos encontramos ante «uno de los supuestos más claros en que está indicada la utilización de la facultad moderadora de la responsabilidad del art. 1.103 C.c.». Pese a lo rotundo de la afirmación, no se trata, ciertamente, de un supuesto en el que el *tipo* de daño fuera previsible —pérdida de los beneficios inherentes al uso de la tarjeta— pero no el *quantum* al que de hecho asciende —pérdida veinte millones— (37), puesto que, como en todo contrato de seguro, la cuantía máxima de la indemnización estaba fijada expresamente. Tampoco se trata de un caso de «conurrencia de culpas», tradicionalmente resuelto por nuestra jurisprudencia invocando, innecesariamente como es sabido, el citado precepto. (38) Nos encontramos, como ya hemos avanzado, ante un incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del usuario de la tarjeta, como así lo entiende el propio Tribunal que en ningún momento duda de la exigibilidad al marido de la de-

(36) El Tribunal no se para a considerar si, en general, es exigible conocer que las pólizas en cuestión pueden obtenerse fácilmente en el mismo aeropuerto, sin duda por entender que, en el caso concreto, dicho conocimiento era perfectamente exigible, dados los constantes desplazamientos en avión que el fallecido debía realizar por exigencias de su profesión. En otro orden de cosas conviene matizar que sólo sustituye al contrato de seguro inherente al pago con la tarjeta otro de contenido análogo que el usuario celebre *con posterioridad* a la cancelación de la tarjeta en su intento de mitigar la pérdida que ésta le ha ocasionado.

(37) Este es el único caso al que sería aplicable la facultad moderadora que admite toda la doctrina. *Vid.* PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual*, *cit. supra*, pp. 1038-9; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, XV-1, art. 1.103, p. 576; DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de LACRUZ y otros*, II-1.^º (1985), p. 288.

(38) Me remito a lo expuesto *supra*, 3.3.b).

mandante de la medida mitigadora idónea, esto es, del deber de cubrirse en el mercado por un coste mínimo.

Por exclusión, sólo nos queda una última razón que explique el reparto del importe del daño *por mitad* impuesto por el Tribunal, que no es sino la *equidad* del caso concreto. Amparándose en las excepcionales y no del todo claras circunstancias del presente caso, el Supremo impide que la procedente aplicación de la doctrina del deber de mitigar el daño prive a la viuda demandante de *toda* la indemnización que la Instancia le había concedido.

Responsabilidad del dueño de la obra por los daños
causados en el inmueble colindante
(Comentario a la STS de 1 de junio de 1994)

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Prof. Ayudante de Derecho civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA.— II. COMENTARIO. 1. Introducción. 2. Solidaridad en la responsabilidad extracontractual. 3. La aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 C.c. a las relaciones comitente-contratista. A) Orientación del estudio. B) Derecho inglés. C) Derecho alemán. D) Posición de la jurisprudencia española.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos relevantes aparecen reflejados en el Fundamento de Derecho 1.º, y su doctrina en los Fundamentos de Derecho 3.º y 5.º.
Ponente: Excmo.Sr. Barcala y Trillo-Figueroa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Don Benito R.G., casado con doña Rosario G.B., promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña Fausta B.C., en reclamación de daños y perjuicios causados en el inmueble urbano de su propiedad, ubicado en el número 11 de la calle Real, de Navalcarnero, a consecuencia de las obras que la expresada doña Fausta dispuso realizar en el inmueble colindante, sito en el número 13 de la mencionada calle, cuya reclamación se concretó en las siguientes pretensiones, expuestas en síntesis. 1.º Reparar de manera urgente y a su costa

la totalidad de los desperfectos y daños existentes en el edificio antedicho, según vienen determinando en el informe pericial acompañando a la demanda, y los nuevos que se pudieran producir hasta su total reparación o aquellos daños que se fijasen pericialmente en el período probatorio, fijándose por el Juzgado plazo perentorio para el cumplimiento de la obligación. Alternativamente, que la demandada abone a su costa la totalidad de los gastos que representen la reparación de los daños, y 2.^a De forma acumulada a la anterior obligación de hacer, abonar al actor la cantidad de trescientas treinta y cuatro mil doscientas cincuenta y nueve pesetas (334.259 pts.), correspondiente a los gastos realizados, tanto en vía judicial como extrajudicial, para intentar repeler los daños irrogados. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Navalcarnero, por sentencia de 10 de febrero de 1990 y con estimación parcial de la demanda, condenó a doña Fausta B.C. a realizar todas las obras de reparación necesarias hasta la perfecta habitabilidad del inmueble situado en el número 11 de la calle Real, de Navalcarnero, realizando de forma inmediata las medidas de seguridad necesarias, y reflejadas en el informe pericial del arquitecto, obrante en autos, todo lo cual, será realizado a su costa, en caso contrario, cuya resolución fue confirmada por la dictada, en 15 de abril de 1991, por la sección decimocuarta de lo Civil de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la Sra. B.C., a través de la formulación de tres motivos, amparados el primero de ellos en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los dos restantes, en el ordinal 5.º del mismo precepto, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril, pero el primero de dichos motivos fue declarado inadmitido por auto de la Sala, de fecha 25 de febrero de 1992.

SEGUNDO. En el segundo motivo del recurso, primero a estudiar por la inadmisión del anterior, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial de litisconsorcio pasivo necesario, conectado a la indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad, y su argumentación responde, resumidamente, a lo que sigue: —El planteamiento de la tercera excepción de litisconsorcio pasivo necesario obedecía al hecho de no haber sido llamados al procedimiento el Arquitecto y el constructor, únicos a los que es imputable responsabilidad en los daños producidos en la finca de los actores, cuya desestimación la ampara el Tribunal sentenciador en la doctrina jurisprudencial sobre la llamada solidaridad impropia, en virtud de la cual «no resulta preciso traer al procedimiento a los técnicos intervinientes en la construcción»—, —Según la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, su finalidad es impedir que resulten afectados quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución, y no es arbitrario del actor elegir a los que han de venir al pleito como demandados, debiendo convocar a cuantos estén implicados de forma inseparable o pueden resultar directamente afectados por los pronunciamientos de

la sentencia, quedando obligado a ejercitar las acciones de derecho material que ostente contra una o varias personas, pues de no hacerlo así, quedaría mal constituida la relación jurídico-procesal, y podrían lesionarse los intereses jurídicos protegidos correspondientes a personas físicas o jurídicas que no han intervenido en el procedimiento (Sentencias de 24 de noviembre de 1969; 23 de febrero de 1971; 9 de junio de 1972, y 24 de febrero, 16 de septiembre y 27 de octubre de 1988)—, —La vulneración de la doctrina referida y la consiguiente desestimación de la excepción formulada, tiene su base en la aplicación de la doctrina de la solidaridad, que por no ser de aplicación al caso que nos ocupa, ha sido incorrectamente aplicada—, —Efectivamente, en los casos de responsabilidad solidaria, basta demandar a una sola de las personas que pueden resultar afectadas, no siendo de estimar en tales casos situaciones de litisconsorcio pasivo necesario (Sentencias de 13 de diciembre de 1988 y 10 de marzo de 1989), pues la doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad entra en juego en aquellos supuestos en los que resulta imposible individualizar la responsabilidad, pero no en aquellos otros, en los que la misma está perfectamente delimitada, como así ocurre en el de autos, al menos por lo que se refiere a la inexistencia de culpa en la recurrente—, —Como reiteradamente tiene declarado la Sala, la responsabilidad, de los partícipes en el hecho constructivo es, en principio, individualizada, personal y privativa, en armonía a la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de su función específica desarrollada en el conjunto constructivo, de forma tal que, la inexistencia de responsabilidad atribuible a uno de los partícipes, por no concurrir acción u omisión culposa o negligente en el mismo, no cabe estimar la existencia de solidaridad, siendo, en definitiva, cada uno responsable de sus propios actos (Sentencias de 12 de noviembre de 1970; 31 de octubre y 14 de noviembre de 1978; 5 de octubre de 1981; 17 de febrero y 22 de noviembre de 1982; 5 y 16 de marzo, 31 de mayo, y 13 y 16 de junio de 1984, y 20 de junio de 1989)— y —Es obvio que en el presente caso, cabe perfectamente discernir la imputación delimitadora de la responsabilidad, que pesa exclusivamente sobre los técnicos intervinientes en la obra, lo cual, hace inaplicable la doctrina jurisprudencial de la solidaridad, que ha sido indebidamente aplicada por la sentencia recurrida, y sobre cuya base se fundamenta la desestimación de la excepción planteada, con la consiguiente vulneración de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario—.

TERCERO. Verdaderamente es de todo punto correcta la doctrina jurisprudencial reseñada en el desarrollo argumental del motivo objeto de estudio, tanto en el ámbito litisconsorcial, como en el de la solidaridad, aunque las sentencias que se citan en su proyección a la «responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo», no cabe aplicarles al caso de autos pues las mismas vienen referidas al comprendido en el artículo 1.591 del Código Civil, que no guarda ninguna relación con el de aquél, pero es que, además, la acción ejercitada contra la recurrente tiene su base en la culpa extracontractual prevista en los artículos 1.902

y 1.903 del Código Civil. En este orden de cosas, es de tener en cuenta que, como bien se puntualizó en la sentencia impugnada, la Sra. B.C., actual recurrente, aparece como titular del solar en que se realizaron las obras de construcción y fue demandada como dueña de la obra, razón por la cual, se encontraba perfectamente legitimada para responder de las consecuencias derivadas de su ejecución, y es por ello, por lo que no podía excepcionar la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamados al proceso las personas técnicas encargadas de la dirección y ejecución de las obras, aún cuando, como dueña de las mismas, pudiese, después, accionar contra tales personas en exigencia de las responsabilidades en que hubiesen incurrido, cual si se tratase de un supuesto de solidaridad impropia, y al respecto es de mencionar la sentencia de 30 de septiembre de 1992, que hace aplicación de la doctrina de la Sala según la cual, la responsabilidad tiene carácter solidario cuando los causantes o culpables son o pueden ser varios, pesando sobre cada uno de ellos la obligación solidaria de reparar el daño íntegramente y pudiendo, por tanto, dirigirse el perjudicado indistintamente contra los responsables o cualquiera de ellos, y la posibilidad de ejercitar la pretensión indemnizatoria contra cualquiera de los deudores o contra todos simultáneamente excluye que se puedan oponer con éxito situaciones de litisconsorcio necesario (Sentencias de 28 de marzo de 1975; 30 de diciembre de 1981; 28 de mayo de 1982; 1 de julio de 1983; 10 de octubre de 1988; 31 de octubre de 1991 y 1 de febrero de 1993). Por consiguiente, es de concluir que en el presente caso, la relación jurídico-procesal quedó perfectamente constituida con la sola llamada de la Sra. B.C., no habiendo resultado infringidas las doctrinas jurisprudenciales alegadas en el segundo motivo del recurso, lo que origina su inviabilidad.

CUARTO. En el tercer motivo del recurso, último formalizado, se invoca la infracción e indebida aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, argumentándose, esencialmente, cuanto se expone a continuación: —Considera la sentencia recurrida que concurre «un acto negligente por acción o, en su caso, omisión de la debida diligencia, por parte de los directamente implicados en el caso, entre los que figura la demandada en su calidad de dueño de la obra»—, —Aquí se advierte una primera confusión al no quedar claro si lo que se dice es que algún tipo de acción u omisión es imputable a la recurrente de forma directa, en cuyo caso se aplicaría el artículo 1.902, o si esta imputación lo es de manera indirecta, como dueña de la obra, en cuyo caso entraría en juego el artículo 1.903, que permite la aplicación del 1.902—, —En la primera posibilidad, conducta imputable directamente a la recurrente, es evidente que ésta, según ponen de manifiesto los informes periciales, es ajena a la causa de los daños, que únicamente es de índole constructiva, por lo que no existe la pretendida actuación negligente, y no es aplicable el artículo 1.902—, —En este sentido, la sentencia de 5 de febrero de 1991, relativa a la responsabilidad del dueño, dispone que

«no hay constancia de que tuviera algún tipo de intervención en la dirección y ejecución de los trabajos o conociera la situación de riesgo... con lo cual, la responsabilidad exigible debe extenderse sólo al contratista»—. —En la segunda posibilidad, responsabilidad imputable por conductas ajenas, en su condición de dueña de la obra, es preciso tener presente que para tal responsabilidad, hemos de encontrarnos ante una situación incardinable en el artículo 1.903, y en ninguno de los supuestos que contempla se tipifica la responsabilidad del dueño de la obra, cuyo artículo requiere, como presupuesto indispensable, una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada (Sentencias de 7 de octubre de 1969; 18 de julio de 1979; 4 de enero de 1982; 2 de noviembre de 1983 y 3 de abril de 1984)—. —Las sentencias de 27 de mayo y 20 de diciembre de 1982; 9 de marzo de 1984; 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 13 de diciembre de 1986; 19 de febrero de 1987 y 16 de octubre de 1989, establecen que en modo alguno viene permitida la exclusión, sin más, del básico principio de responsabilidad por culpa, al que responde nuestro ordenamiento positivo— y —Según la doctrina de la sentencia de 26 de mayo de 1986, en materia de culpa extracontractual «no rige el principio de incurrirse en ella por culpa levísima», señalando como fundamento de dicha responsabilidad la existencia de un evidente nexo de causalidad «entre la conducta del agente y el resultado sobrevenido», nexo que no existe en el presente caso, y en igual sentido se pronuncian las sentencias de 19 de marzo, 13 de julio y 24 de octubre de 1987—.

QUINTO. Atendiendo a los hechos estimados acreditados, tanto en la sentencia recurrida, como en la recaída en primera instancia, no ofrece ninguna duda que en el caso de que tratamos, concurren los requisitos básicos de la culpa extracontractual en lo concerniente a la existencia del daño en el inmueble del matrimonio actor, a la realidad del hecho que le originó (las obras realizadas en el inmueble colindante perteneciente a la demandada-actual recurrente) y la relación de causalidad habida entre tales obras y el daño producido, concurrencia que resulta del contenido de las pericias practicadas, y, asimismo, las sentencias dichas imputaron una actuación negligente, en la autoría de lo acontecido, a la recurrente Sra. B.C., en su calidad de dueña de la obra, radicando en este particular el problema planteado en el motivo ahora analizado. Evidentemente, la responsabilidad de que tratamos requiere, en punto a su atribución, un comportamiento culposo o negligente, pero, acorde con el artículo 1.902 del Código Civil, ese quehacer puede devenir por vía de acción u omisión, y si bien es cierto, como se razona en el motivo, que la causa de los daños es de índole constructiva y, en cuanto tal, ajena a la actuación de la dueña de la obra, lo cual, en principio, impediría responsabilizarla por vía de acción, no es menos cierto que no cabe predicar lo mismo desde el punto de vista omisivo, ya que la documentación obrante en autos evidencia que el actor Sr. R.G. puso en conocimiento de la demandada Sra. B.C. los daños que venían produciéndose y la requirió en orden a su reparación, sin obten-

ción de resultado positivo alguno, máxime, cuando, en tal concepto y empresaria, por tanto, de los técnicos intervinientes, bien podía haberles dado instrucciones en orden a evitar daños sucesivos y a reparar los ya producidos, con lo cual, se pone de relieve una omisión en el proceder de la mencionada señora, que, en definitiva, permite su incardinación en el artículo 1.902. Por lo que concierne al artículo 1.903, hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende dicho precepto no es cerrada o exhaustiva, sino simplemente enunciativa, y considerar, también, que no cabe desconocer la existencia de cierta dependencia entre el dueño de la obra y los técnicos contratados para su ejecución, al menos, en el ámbito de las instrucciones fuera del plano estrictamente profesional, que pudiera impartirles, pero todo ello resulta, prácticamente irrelevante para fundamentar la responsabilidad de la recurrente, ya que incardinada su conducta en el artículo 1.902, huelga tratar de la posible aplicación del artículo 1.903, pues, fuese cual fuese la opinión al respecto, ello devendría inoperante en punto a alterar el fallo de la sentencia recurrida, por consiguiente, en virtud de cuanto antecede, haya que concluir que en el caso concreto de autos el Tribunal «*a quo*» no infringió los preceptos ya mencionados, ni, tampoco, la jurisprudencia que les interpreta, lo que determina que el motivo examinado deba correr la suerte del precedente, o sea, la carencia de viabilidad. Y la improcedencia de los motivos admitidos del recurso de casación formalizado por doña Fausta B.C., lleva consigo, a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del rituario artículo 1.715, la declaración de no haber lugar al mismo; con imposición de las costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

II. COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 C.c. a las relaciones surgidas del contrato de obra se ha convertido, en los últimos tiempos, en una de las cuestiones más estudiadas por la jurisprudencia española.

La sentencia que comentamos hace responsable a la dueña de la obra, única demandada en el juicio, por los daños causados en el inmueble colindante. Para el TS, la dueña de la obra podría haber dado instrucciones a los técnicos intervinientes (que eran el constructor y el arquitecto) en orden a evitar daños sucesivos y reparar los ya producidos, poniéndose así de manifiesto una omisión que permite incardinar su conducta en el artículo 1.902 C.c.

El recurso de casación, interpuesto por la comitente, denunciaba la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, conectado con la indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad, así como la infracción e indebida aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 C.c.

2. SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La jurisprudencia viene afirmando que la responsabilidad de los sujetos a los que es imputable una determinada actuación dañosa debe ser considerada como solidaria, siendo esta conclusión válida tanto para los supuestos del artículo 1.902 como para los del artículo 1.903 C.c. La aplicación de la solidaridad a los sujetos causantes del daño se ha revelado como un elemento clave, junto a la inversión de la carga de la prueba de la culpa y la elevación del nivel de diligencia exigible, para facilitar la indemnización del daño causado.

Como argumentos en favor de la solidaridad en el campo de la obligación extracontractual, suelen citarse (1): 1.^o) que la presunción de no solidaridad contenida en los artículos 1.137 y 1.138 C.c. se refiere únicamente a las obligaciones convencionales, y, por tanto, no a las de acto ilícito; 2.^o) que el principio de solidaridad en cuanto a la responsabilidad civil entre los responsables criminalmente de un delito o falta (artículo 107 C.p.), induce a pensar que igualmente serán responsables solidarios los que cometen en común un acto ilícito no punible; 3.^o) que la solidaridad entre los responsables asegura más firmemente el resarcimiento; 4.^o) que cada uno de los que han cooperado a un acto ilícito es responsable de la totalidad del daño producido, ya que podría haber sido causado íntegramente por la sola conducta de cada uno de los responsables; y 5.^o) que la solidaridad existe, aun no establecida por los interesados o por la ley, cuando, concurriendo varios deudores, así se deduzca de la naturaleza de la obligación.

A este estado de opinión favorable a la solidaridad, ha contribuido el legislador cuando opta por ella en determinados sectores: Ley de Navegación Aérea, Ley de Energía Nuclear, Ley de Caza, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, etc. No debe tampoco olvidarse la influencia que pueden haber ejercido ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, al dictar normas que expresamente establecen la solidaridad para la responsabilidad por actos ilícitos: § 840 BGB, artículo 2.055 C.c. italiano y artículo 497 C.c. portugués.

(1) *Vid.* la exposición que hacen M. ALBALADEJO, «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», ADC, 1963, p. 360; M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pp. 166 y ss.; J. CAFFARENA LAPORTA, en *Comentario del Código civil (art. 1.137)*, dir. C. PAZ ARES / L. DÍEZ-PICAZO / R. BERCOVITZ / P. SALVADOR CODERCH, T. II, Madrid, 1991, p. 120.

Frente a los anteriores argumentos, destaca la opinión de ALBALADEJO (2), contraria a la solidaridad: ningún precepto explícito la establece para la culpa extracontractual y, en consecuencia, los culpables, frente al lesionado, quedan obligados sólo mancomunadamente.

Puede afirmarse que la doctrina española se encuentra dividida entre los partidarios de la mancomunidad (3) y los partidarios de la solidaridad (4), mientras que en el plano jurisprudencial parece claro el triunfo de la solidaridad.

En favor de la solidaridad, se pronuncia también la sentencia que se estudia: entiende el Alto Tribunal que la recurrente, titular del solar en que se realizaron las obras de construcción y que fue demandada como dueña de la obra, se encontraba perfectamente legitimada para responder de las consecuencias derivadas de la ejecución de la obra, no pudiendo excepcionar la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamados al proceso las personas técnicas encargadas de la dirección y ejecución de las obras, aun cuando, como dueña de las mismas, pudiese, después, accionar contra tales personas en exigencia de las responsabilidades en que hubiesen incurrido. Menciona, además, el TS la doctrina de la Sala, conforme a la cual la responsabilidad tiene carácter solidario cuando los causantes o culpables son o pueden ser varios, pesando sobre cada uno de ellos la obligación solidaria de reparar el daño íntegramente y pudiendo, por tanto, dirigirse el perjudicado indistintamente contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos, lo que excluye que se puedan oponer con éxito situaciones de litisconsorcio necesario.

Con bastante frecuencia, los demandados entienden que la relación jurídico-procesal ha sido defectuosamente constituida, alegándose la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Es claro que la figura del litisconsorcio pasivo necesario, debido al particular tratamiento proce-

(2) M. ALBALADEJO, *op. cit.*, espec. p. 349 y pp. 360 y ss.

(3) Así, M. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 349; V. GUILARTE ZAPATERO, en *Comentario del Código civil y Compilaciones forales (art. 1.137 a 1.140)*, dir. M. ALBALADEJO, T. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 242; A. CRISTÓBAL MONTES, «Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Zaragoza, 1985, p. 183.

(4) En este sentido, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pp. 490 y 491; F. SANCHO REBULLIDA, «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios en honor del Prof. Castán Tobeñas*, T. III, Pamplona, 1969, pp. 577 y 578 (que admite la solidaridad en los casos de íntegra imputabilidad del daño total a cada uno de los coautores del acto ilícito); J. L. GARCÍA HIRSCHFELD, «Ensayo sobre temas varios de Derecho de daños», *RDP*, 1979, p. 1.050.

sal de que es objeto (absolución en la instancia, nulidad de actuaciones en cualquiera de las instancias, no entrar a resolver la cuestión sustantiva objeto del proceso, etc.), se hace tentadora para las partes que desean alargar el proceso (5). Pero la situación de litisconsorcio pasivo necesario (6) se excluye en la solidaridad de deudores, desde el momento en que, como afirma el primer inciso del artículo 1.444 C.c., el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, y así se dispone también en la sentencia que se comenta.

Desde la óptica procesal, una de las principales cuestiones que plantea la solidaridad de las obligaciones es determinar cuál es la eficacia de la sentencia frente al deudor solidario que no intervino en el proceso en que aquélla recayó. El TS no es ajeno del todo a esta circunstancia, desde el momento que señala a la dueña de la obra la posibilidad de «accionar contra tales personas en exigencia de las responsabilidades en que hubiesen incurrido, cual si se tratase de un supuesto de solidaridad impropia...».

Los procesos posteriores a los que afectaría la sentencia dictada, pueden ser promovidos por el acreedor o por el deudor. Si se trata del acreedor, es claro que este segundo proceso está motivado por no haber sido satisfecho su derecho de crédito en el primer litigio. En cambio, si promueve el segundo pleito el deudor que pagó, hay que pensar que está haciendo uso del derecho de regreso que, contra el resto de deudores, le reconoce el artículo 1.145.II C.c.: «El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». A esta segunda posibilidad se refiere, sin duda, el TS.

Interesa destacar aquí que la dueña de la obra no podrá exonerarse de responsabilidad en el segundo proceso que promueva contra el arquitecto y el constructor. En todo caso, si logra la condena de los técnicos intervinientes en la dirección y en la construcción, se procederá a distribuir la suma pagada en proporción a las entidades de las respectivas culpas (como afirma claramente el artículo 1.145 C.c. antes visto). De ninguna manera, puede la dueña de la obra llegar a obtener, en

(5) Al respecto, *vid.*: M. E. DÁVILA MILLÁN, *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 1992, p. 175.

(6) Indica J. GARBERI LLOBREGAT, «Comentario a la STS (Sala 1.^a) 11 de junio de 1991», CCJC, n.º 26, p. 659, que la obligación de configurar un litisconsorcio necesario en un determinado proceso proviene de la existencia de diversas personas que se encuentran vinculadas directamente por la relación material debatida, de modo tal que, al situarse todas ellas en un plano de igualdad respecto de la misma, no puede pronunciarse legítimamente una sentencia sin haberles dado la oportunidad de comparecer en el proceso y la posibilidad de constituirse en verdadera parte procesal.

un segundo pleito, la exención de responsabilidad que ya le había sido imputada por sentencia firme (7).

3. LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 C.C. A LAS RELACIONES COMITENTE-CONTRATISTA

A) *Orientación del estudio.*

En el tercer motivo del recurso de casación, la dueña de la obra invocaba la infracción e indebida aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 C.c. Según la recurrente, no queda claro si la sentencia de la Audiencia Provincial le había condenado como responsable directa (artículo 1.902 C.c.) o como responsable indirecta (artículo 1.903 C.c.), pero no sería culpable en ningún caso: no hay conducta imputable directamente por ser la causa de los daños únicamente de índole constructiva y no hay responsabilidad imputable por conducta ajena, al no ser encajable la situación de la dueña de la obra en los supuestos del artículo 1.903 C.c., norma ésta que exige una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada.

Los argumentos expuestos son rechazados por el TS. En relación al artículo 1.902 C.c., estima que es aplicable a la dueña de la obra. Aceptando que la causa de los daños es de índole constructiva y, en cuanto tal, ajena a la actuación de la dueña de la obra, lo cual, en principio, impediría responsabilizarla por vía de acción, entiende, sin embargo, que no es posible predicar lo mismo desde el punto de vista omisivo, «ya que la documentación obrante en autos evidencia que el actor Sr. R.G. puso en conocimiento de la demandada Sra. B.C. los daños que venían

(7) Al referirse a la posibilidad que tiene la dueña de la obra de repetir contra los técnicos intervinientes en la obra, el TS habla de «solidaridad impropia». Un sector de la doctrina, al estudiar la solidaridad que la jurisprudencia declara existente entre el empresario y el dependiente (artículos 1.903.IV y 1.904.I C.c.), entiende que no se trata de un caso de verdadera responsabilidad solidaria, sino de una responsabilidad *in solidum*, que permite al dueño de la empresa repetir por entero contra el autor material del daño, a diferencia de lo que ocurriría en la solidaridad propiamente dicha, donde habría un reparto entre ambos responsables: así, *vid.* A. DE COSSIO, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», *ADC*, 1966, pp. 550. Otros autores hablan, para referirse a este caso, de «solidaridad impropia»: así, *vid.* J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, T. I, Madrid, 1989, pp. 482, 485 y 486. También la jurisprudencia utiliza la expresión «solidaridad impropia» en las SSTs (Sala I.^a) 22 de abril de 1992 (RAJ n.º 3.317), 7 de mayo de 1993 (RAJ n.º 3.464) y 8 de febrero de 1994 (AC, 1.994, n.º 594).

Con independencia de si esta categoría de obligaciones es o no admisible en nuestro Derecho, no se puede entender que la sentencia comentada, al calificar la situación de la pluralidad de responsables como solidaridad impropia, esté abriendo la puerta a que la dueña de la obra se reembolse el importe íntegro de la suma pagada al perjudicado.

produciéndose y la requirió en orden a su reparación, sin obtención de resultado positivo alguno, máxime, cuando, en tal concepto y empresaria, por tanto, de los técnicos intervinientes, bien podían haberles dado instrucciones en orden a evitar daños sucesivos y a reparar los ya producidos, con lo cual, se pone de relieve una omisión en el proceder de la mencionada señora, que, en definitiva, permite su incardinación en el artículo 1.902».

Siendo responsable la comitente *ex* artículo 1.902 C.c., es irrelevante, según reconoce el propio TS, el artículo 1.903 C.c. para fundar la condena de la dueña de la obra. Sin embargo, se hacen determinadas consideraciones en torno a la norma de responsabilidad por hecho ajeno. Así, se indica que la enumeración de casos que contiene no es cerrada, sino simplemente enunciativa y se afirma la existencia de «cierta dependencia» entre el dueño de la obra y los técnicos contratados para su ejecución, al menos, en el ámbito de las instrucciones, fuera del plano estrictamente profesional, que pudiera impartirles.

La sentencia (aunque en ella concurren especiales circunstancias, como que el comitente fuese una persona totalmente ajena al mundo de la construcción) forma parte de una consolidada doctrina jurisprudencial que aplica los artículos 1.902 y 1.903 C.c. para declarar la responsabilidad del comitente por los daños que causa la actuación del contratista o de sus empleados, pudiéndose extender también esta responsabilidad a los casos de subcontratación. La creciente especialización del trabajo obliga a que se recurra cada vez más a la contratación y subcontratación, y la producción de un daño, en estas circunstancias, no tiene por qué ser, de entrada, considerada como una cuestión ajena al comitente.

La responsabilidad del comitente por los daños causados por el contratista constituye, sin duda, una de las cuestiones más estudiadas por la doctrina y jurisprudencia de otros países. Estimamos, por tanto, muy útil la referencia al Derecho inglés y al alemán, cuyas soluciones al problema planteado guardan una importante semejanza. La diligencia exigible a quien emplea al contratante independiente se relaciona con las concretas circunstancias del caso, atendiendo especialmente a las características de la actividad en cuyo desarrollo se causaron los daños.

B) *Derecho inglés.*

En el Derecho inglés, es fundamental la distinción entre trabajador (*servant*) y contratante independiente (*independent contractor*) para conocer si tienen aplicación, en un supuesto determinado, las reglas de la responsabilidad vicaria (*vicarious liability*). En la responsabilidad vicaria, la ley retiene a una persona responsable por la falta de otra,

aunque ella misma esté libre de cualquier reproche personal o culpa (8). La relación que atrae la responsabilidad vicaria es la que nace del contrato de trabajo (*contract of service*), opuesta a la categoría legalmente distinta del contrato de servicios y de ejecución de obra (*contract for services*), propia del contratante independiente (*independent contractor*) (9).

El empresario no responde, por regla general, de los daños causados por el contratante independiente. La regla se formula en los siguientes términos: «Si el empresario ha contratado a un contratante independiente para hacer un trabajo por su cuenta, la regla general es que el empresario no responde de los daños causados por el contratante en el curso de la ejecución de su trabajo. Y en relación con los empleados del contratante, mientras actúen como tales, permanecen en la misma posición que su empleador, de modo que quien contrató al contratante independiente no es responsable de los actos cometidos por los empleados del contratante» (10).

Sin embargo, existen algunas excepciones a esta regla: cuando el empresario autoriza la comisión del ilícito (11); cuando elige negligentemente a un contratante independiente (12); y cuando le fue impuesto, por la ley o por creación de la jurisprudencia, un deber cuyo cumplimiento no se agota en el simple hecho de asignar a un contratante independiente la realización de las tareas en que surge ese deber.

Del último caso nos ocupamos con mayor detenimiento. Nos encontramos aquí con situaciones en las que, como señala Lord Widgery (13), el empleador tiene, respecto del perjudicado, un deber cuyo cumplimiento no puede delegar en un contratante independiente. Son los llamados *non-delegable duties*, cuyo incumplimiento permite a los perjudicados exigir responsabilidad al empleador, aunque la causa inmediata del daño sea la actividad de un contratante independiente. No importa, a estos efectos, que el empleador haya sido diligente al elegir al contratante independiente (14).

Encontramos, por ejemplo, un deber legal de este tipo en la *Employer's Liability (Defective Equipment) Act de 1969*, que regula la responsabilidad por los daños que sufre un operario como consecuencia

(8) Es la definición de J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, London, 1987, p. 339.

(9) Sobre esta distinción, *vid.* W. V. H. ROGERS, *The Law of Tort*, London, 1989, pp. 31 y 32.

(10) *Vid.* H. F. CARTY, *Clerk & Lindsell on Torts*, London, 1990, p. 227.

(11) Así R. W. S. DIAS / B. S. MARKESINIS, *Tort Law*, Oxford, 1989, p. 397.

(12) Así M. BRAZIER, *Street on Torts*, London, Edinburgh, 1990, p. 451.

(13) En *Salsbury v. Woodland* [1969], 3 W.L.R., 29.

(14) Sobre esta primera aproximación a los *non-delegable duties*, *vid.* J. A. JOLOWICZ, «Liability for Independent Contractors in the English Common Law», *Stan. L. Rev.*, 1956-1957, p. 691.

de la utilización de un instrumento de trabajo defectuoso, siendo el defecto atribuible a la negligencia de un tercero (15).

Centrando nuestra atención en los deberes de origen jurisprudencial, llamados *common law duties*, encontramos, en primer término, un caso de *withdrawal of support from neighbouring land*: el demandado empleó a un contratante independiente para derribar su casa y construir una nueva, produciéndose daños en la propiedad vecina al no adoptarse medidas de protección. Se considera que la obligación de proporcionar apoyo para la tierra vecina, durante los trabajos en tierra del demandado, no puede ser delegada a un contratante independiente. Los hechos descritos y la decisión finalmente adoptada pertenecen al caso *Bower v. Peaty* [1876] (16).

Los trabajos en la carretera (*operations on the highway*) constituyen otro caso de responsabilidad por los actos de un contratante independiente. Según la exposición del Juez Bruce (17), «cuando una persona emplea a un contratante para realizar un trabajo en un lugar por el que el público tiene la costumbre de transitar, siendo este trabajo, salvo que se tomen medidas de precaución, peligroso para el público, la persona que ordena el trabajo está obligada a velar por la adopción de las medidas de precaución necesarias, y si no se toman, no puede liberarse de responsabilidad intentando desviar la culpa hacia el contratante».

El conocido caso *Rylands v. Fletcher* [1868] (18) pertenece también a esta categoría de deberes. El demandado había requerido los servicios de un contratante independiente para la construcción del depósito del que salió el agua que dañó las propiedades vecinas.

La *private nuisance* da lugar a responsabilidad por un contratante independiente. En *Matania v. National Provincial Bank Ltd.* [1936] (19), los demandados habían acordado con un contratante independiente la realización de determinadas reformas en sus locales, siendo declarados responsables de los daños causados al demandante, como consecuencia del polvo y ruido procedente de los trabajos ejecutados.

(15) Al respecto, *vid.* M. BRAZIER, *Street on Torts, cit.*, p. 453.

(16) Recogido en P. S. ATIYAH, *Vicarious liability in the Law of Torts*, London, 1967, pp. 330 y ss. El Juez Cockburn resumió el razonamiento seguido en los siguientes términos: «Existe una clara diferencia entre encargar la ejecución de un trabajo a un contratante independiente, del que, si se ejecuta correctamente, no se producirán daños, y encargarle un trabajo que causará daños a menos que se tomen medidas de prevención. Mientras puede ser justo no hacer responsable al comitente en el primer caso, existen, por otro lado, buenas razones para considerarle responsable en el segundo, sin tener en cuenta quién dejó de adoptar las medidas necesarias para prevenir el daño».

(17) En *Penny v. Wimbledon* [1899], 2 Q.B., 72.

(18) *Vid.* este caso en R. KIDNER, *Casebook on Torts*, London, 1992, pp. 331 y ss.

(19) Recogido por B. A. HEPPLER / M. H. MATTHEWS, *Tort: Cases and Materials*, London, 1980, pp. 658 y ss.

En *Black v. Christchurch Finance Co.* [1894] (20), fueron declarados responsables los demandados que habían empleado a un contratante independiente para la quema de maleza de su propiedad, ya que el fuego se extendió a la tierra vecina del demandante. En palabras de Lord Schlessler: «... encender un fuego en un lugar de arbustos, donde puede extenderse a las propiedades vecinas y causar graves daños, es una actividad que conlleva necesariamente gran peligro, y un propietario que realiza tal actividad está obligado a tomar todas las precauciones razonables para evitar que el fuego se extienda a la propiedad de su vecino (*sic utere tuo ut alienum non laedas*). Y si se permite que actúe otro, está obligado, no sólo a estipular que todas las precauciones deben tomarse, sino también a velar por su observancia, pues, de lo contrario, será responsable...».

La actuación del *independent contractor* puede acarrear también la responsabilidad del comitente en los actos extraordinariamente peligrosos (*extra-hazardous acts*). Ya en muchas de las sentencias citadas, el acento fue puesto en la naturaleza peligrosa del trabajo ejecutado por el contratante independiente (21). Lord Schlessler, en *Honeywill and Stein Ltd. v. Larkin Bros. (London's Commercial Photographers) Ltd.* [1934] (22), enunció un principio general que debía regir en las situaciones de trabajos peligrosos, estimándose, a partir de este caso, que existe un *non-delegable duty* siempre que un contratante independiente tiene que llevar a cabo un acto peligroso. El problema se encuentra en determinar el significado de acto extraordinariamente peligroso; para Lord Schlessler, se trata de «actos que, por su misma naturaleza, implican, a los ojos de la ley, un peligro especial para otros».

A modo de conclusión, puede decirse que ninguna de estas excepciones son formas de responsabilidad vicaria, porque en todas ellas es el incumplimiento de un deber del empresario, que le obliga personalmente frente al perjudicado, lo que da lugar a responsabilidad. Más bien, estamos en presencia de una responsabilidad por hecho propio (23).

C) *Derecho alemán.*

Asume un papel relevante en la aplicación del § 831 BGB (responsabilidad extracontractual del principal por sus dependientes), en la

(20) El caso se encuentra en H. F. CARTY, *Clerk & Lindsell on Torts, cit.*, p. 232.

(21) Así, *Bower v. Peate*, *Black v. Christchurch Finance Co.*, *Penny v. Wimbledon*, *Holliday v. National Telephone Co.*, y *Matania v. National Provincial Bank Ltd.*

(22) La sentencia se encuentra en R. KIDNER, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

(23) *Vid.*, por todos, P. W. D. REDMOND, *Principes of English Law*, edición revisada por J. P. PRICE / I. N. STEVENS, London, 1988, p. 199.

doctrina y jurisprudencia alemanas, la distinción entre dependiente (*Verrichtungsgehilfe*) y contratante independiente (*selbständige Unternehmer*). Por los daños que causa el contratante independiente, no responde el comitente o dueño del negocio conforme al § 831 BGB, por ser evidente la falta de dependencia. Así, por ejemplo, señala MEDICUS (24) que el conductor del taxi no depende del pasajero, aunque éste le imparta instrucciones sobre el objeto del viaje.

Sin embargo, como advierte KÖTZ (25), la responsabilidad del dueño del negocio puede venir dada por la mala elección del contratante o su insuficiente vigilancia, suponiendo esta conducta una violación del cuidado exigible en el tráfico, incardinable en el § 823 BGB (responsabilidad por hecho propio).

La jurisprudencia alemana ha ido identificando diversas situaciones en las que el dueño del negocio es llamado a responder de los daños causados por un contratante independiente. El cuidado exigible al comitente se determina en función de las circunstancias del caso, dependiendo, sobre todo, del peligro de daño para terceros. Así, fue decidido, en la sentencia del BGH de 30 de octubre de 1959 (26), que la persona que permite trabajos en su finca, los cuales pueden causar daños en las propiedades vecinas, no puede conformarse con haber encargado la realización de esos trabajos a un arquitecto acreditado y a un contratista de obras fiable. Más bien, debe asegurarse que los deberes de protección que le incumben hacia la finca del vecino serán también cumplidos por las personas que ha contratado.

Otro caso conocido es el de la sentencia del BGH de 7 de octubre de 1975 (27). Una instalación industrial, dedicada a la fabricación de productos químicos, contrató a una empresa especializada en la eliminación de residuos. Pero se declaró la responsabilidad de la empresa química por los daños causados a consecuencia de una deficiente eliminación de los residuos peligrosos, justificando dicho fallo en no haber empleado el debido cuidado en la elección del contratante.

Sobre la base de estas decisiones, va tomando cuerpo la idea de que el titular de una empresa, que puede crear especiales peligros y al que incumben también especiales deberes de prevención de los mismos, no puede liberarse de responsabilidad o aminorarla a través de contratantes independientes (28).

(24) D. MEDICUS, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München, 1992, pp. 385 y 386.

(25) H. KÖTZ, *Deliktsrecht*, Berlin, 1991, p. 103. En el mismo sentido, P. SCHLECHTRIEM *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1991, p. 320.

(26) NJW 1960, p. 335.

(27) Jz 1975, p. 733.

(28) En este sentido, H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 103.

D) *Posición de la jurisprudencia española.*

En el caso decidido por la sentencia, fue el artículo 1.902 C.c. la norma que sirvió de fundamento de la condena impuesta a la dueña de la obra. El razonamiento seguido por el TS ya fue expuesto en otro lugar (consistente, básicamente, en que la Sra. B.C. contribuyó, por omisión, a la producción del resultado lesivo), por lo que sólo resta añadir aquí la aproximación de esta decisión a la doctrina jurisprudencial inglesa y alemana. Se sigue, por tanto, una línea jurisprudencial de marcado rigor para el comitente o dueño de la obra. Puede hablarse de un deber del dueño de la obra de evitar que las obras que se realizan en su finca causen daños a las fincas próximas. Y el TS no ve obstáculo alguno en que este deber se aplique a particulares como la Sra. B.C., totalmente desvinculados de la actividad de construcción.

La acción ejercitada por el demandante estuvo también basada, como sabemos, en el artículo 1.903 C.c., lo que, unido a las afirmaciones *obiter dicta* que contiene la sentencia sobre este precepto, exige valorar su posible aplicación al caso.

Los demandantes suelen apoyarse en el artículo 1.903 C.c., más concretamente en el párrafo cuarto del precepto dedicado a la responsabilidad civil extracontractual del empresario por sus dependientes, para solicitar la condena del comitente por los daños causados por el contratista o sus empleados. Ahora bien, la aplicación del artículo 1.903.IV C.c. al comitente ha planteado problemas en muchas ocasiones. Esta responsabilidad exige como presupuesto la existencia de una relación jerárquica o de dependencia, y el contrato y subcontrato de obra, dejan, por lo general, subsistir la independencia del contratista y del subcontratista en la ejecución de la prestación, sin que sea argumento en contra que el comitente esté facultado para comprobar si aquéllos realizan las obras encomendadas de acuerdo con lo convenido y la *lex artis*.

En el caso que nos ocupa, no parece que existiese dependencia entre la Sra. B. C. y los técnicos intervinientes, por lo que es acertada la posición que adopta el TS de imponer la responsabilidad por la vía del artículo 1.902 C.c. Haberlo hecho por la vía del artículo 1.903 C.c. sería erróneo, además de incurrir en una interpretación laxa o extensiva de la relación de dependencia, sin base legal alguna. Por ello, no se comprende el por qué, tras haber encajado la conducta de la dueña de la obra en el artículo 1.902 C.c., afirme el TS que «no cabe desconocer la existencia de cierta dependencia entre el dueño de la obra y los técnicos contratados para su ejecución, al menos, en el ámbito de las instrucciones, fuera del plano estrictamente profesional, que pudiera impartirles...». Aunque, como reconoce el propio TS, no fuese aplicado el artículo 1.903 C.c., no se pueden pasar por alto declaraciones de este tipo. La dependencia, a la que se refiere el precepto, exigiría la prueba, por parte del demandante, de que la dueña de la obra impartió

instrucciones a los técnicos sobre la forma en que debían ejecutarse los trabajos, y esto no sucedió aquí.

La doctrina jurisprudencial más extendida aplica el artículo 1.903.IV C.c. en el contrato de obra cuando el comitente se ha reservado la vigilancia, dirección o participación en los trabajos o en parte de ellos. La situación más frecuente es, pues, aquella en la que el comitente se dedica profesionalmente a la misma actividad que el contratista de obra, siendo muy variados los motivos que impulsan a realizar este tipo de contrataciones: laborales, fiscales, económicos, etc. Aquí sí tiene sentido hablar de «cierta dependencia».

La línea jurisprudencial aludida gira en torno a la conocida STS (Sala 1.^a) 18 de junio de 1979 (RAJ n.º 2.895). El TS parte de una regla general, que no es otra que la inaplicabilidad del artículo 1.903.IV C.c. a la relación comitente-contratista, pero esta regla tiene como excepción los casos en que exista un sometimiento del contratista o de sus empleados a las órdenes o instrucciones del comitente, lo cual permite aplicar el precepto en cuestión. La doctrina sentada en esta sentencia sirve tanto para aplicar la norma como para excluirla en el supuesto planteado, según el juego de la regla general y su correspondiente excepción. En el primero de los casos, pueden verse las SSTS (Sala 1.^a) 17 de noviembre de 1980 (RAJ n.º 4.206), 28 de febrero de 1983 (RAJ n.º 1.083), 26 de junio de 1984 (RAJ n.º 3.269) y 9 de enero de 1985 (RAJ n.º 167); en el segundo, junto a la ya citada de 18 de junio de 1979, las SSTS (Sala 1.^a) 5 de julio de 1979 (RAJ n.º 2.931), 21 de diciembre de 1979 (RAJ n.º 4.447), 2 de noviembre de 1983 (RAJ n.º 5.950), 31 de octubre de 1984 (RAJ n.º 5.159), 22 de noviembre de 1985 (RAJ n.º 5.629), 12 de noviembre de 1986 (RAJ n.º 6.386), 26 de julio de 1991 (RAJ n.º 7.856) y 30 de octubre de 1991 (RAJ n.º 7.246).

Sobre el artículo 1.903 C.c., el fallo comentado contiene otra afirmación: «... hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende dicho precepto no es cerrada o exhaustiva, sino simplemente enunciativa...». Esta declaración sólo tiene sentido si se considera que la responsabilidad de la dueña de la obra *ex* artículo 1.903 C.c. no tiene encaje directo en ninguno de los casos expresamente recogidos en la norma.

La afirmación del carácter no cerrado de la enumeración de casos hecha en el artículo 1.903 C.c. se remonta a la STS (Sala 1.^a) 23 de febrero de 1976 (RAJ n.º 880). El TS mantiene la condena impuesta a la dueña del vehículo que lo prestó a su novio para un breve viaje. No es fácil averiguar la concreta norma que sirvió de apoyo para declarar la responsabilidad, ya que aparecen citados tanto el artículo 1.902 como el artículo 1.903 C.c. Por lo que respecta a la posible aplicación del artículo 1.903 C.c., el TS acude al carácter abierto de la norma para incluir en ella una relación de comodato. A nuestro juicio, es criticable este razonamiento: aunque se admitiese el carácter no cerrado, la falta

de dependencia entre la dueña del vehículo y su novio impediría la aplicación del precepto. No hay que olvidar que la pieza clave del sistema de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903 C.c. es la dependencia o el sometimiento de una persona a la vigilancia, dirección o control de otra, ya se trate de una relación paterno-filial, laboral o docente. Ello determinaría, en el caso enjuiciado, la falta de identidad de razón que permita la aplicación analógica del precepto. Y el mismo comentario debería hacerse al caso de autos, por no darse la necesaria dependencia o subordinación.

Otro dato a tener en cuenta es que la jurisprudencia ha venido encajando en el párrafo cuarto del artículo 1.903 C.c. la responsabilidad del dueño de la obra, al amparo de una interpretación amplia de las expresiones «dueño o director de un establecimiento o empresa» y «dependiente». Las sentencias que hemos citado anteriormente no siempre aplican la norma a «empresarios» o «dependientes» según el significado preciso que tienen estas palabras en disciplinas como el Derecho mercantil o Derecho del Trabajo. Probablemente por no reducir extraordinariamente el alcance de la norma y por ajustarse a su verdadero espíritu, lo que toman en consideración los Tribunales es la circunstancia de haber prestado un servicio con sometimiento a las instrucciones o al control de otra persona. Volviendo al caso enjuiciado por el TS, no sería obstáculo, a los efectos del artículo 1.903.IV C.c., que la Sra. B.C. no fuese empresario mercantil o laboral; la norma podría ser llamada a resolver el conflicto si pudiese establecerse una relación de dependencia entre la dueña de la obra y los técnicos que intervinieron en la ejecución de las obras. Como se comprenderá, esta interpretación amplia del artículo 1.903.IV C.c. hace estéril el recurso al carácter abierto de la norma; otra cosa es que se esté o no de acuerdo con la extensión dada por la jurisprudencia a los términos empleados por el Código civil para describir a los sujetos responsables.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Silvia ALGABA ROS
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Ignacio DÍAZ DE LEZCANO
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Virginia MÚRTULA LAFUENTE
José Manuel DE TORRES PEREA

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Doctrina de los propios actos: la utilización en la vía ejecutiva de la fuerza de la letra de cambio no implica renuncia al valor del título que dió lugar a su libramiento por lo que la posterior utilización del rango y validez del título causal no comporta infracción del principio de respeto a los propios actos.— Menos aún puede entenderse que la utilización en la vía ejecutiva de la fuerza de tales letras de cambio, implique una renuncia al valor del título que dió lugar al libramiento de las mismas, con eficacia tal que la utilización posterior del rango y validez del título causal puede comportar una infracción del principio de respeto a los propios actos, que solamente obliga cuando los contrariados son de tal naturaleza que pueden estimarse dirigidos a crear, modificar o extinguir algún derecho subjetivo de quien los realiza, supuesto éste en el que no nos encontramos.

La escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería aunque se haya instando previamente el crédito que en ella consta en juicio ejecutivo.— El motivo tercero acusa infracción por interpretación errónea del artículo 1924, párrafo 3 del Código civil, así como de una serie de resoluciones de esta Sala que se citan, sin tener en cuenta que, junto a las citadas, hay otras que, como la de 21 de septiembre de 1984, representan la

orientación actual de la Sala de lo Civil, y de acuerdo con la cual la escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en juicio ejecutivo. (STS de 18 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— CASE, S.A. interpone tercería de mejor derecho contra BLANCO, S.A., entidad que había instado la ejecución de su crédito con el consiguiente embargo de bienes de los deudores. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la preferencia de CASE, S.A. para hacer efectivo su crédito sobre los bienes embargados. La Audiencia estima la apelación de BLANCO, S.A. declarando no haber lugar al mejor derecho al cobro de la tercerista y la consiguiente preferencia de la ejecutante. El recurso de casación interpuesto por CASE, S.A. no prosperó. (R.G.S.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Para que una imputación difamatoria sea considerada intromisión ilegítima en el honor de una persona basta que ésta pueda ser identificada a partir de los datos o detalles difundidos.— La intromisión ilegítima prevenida en el apartado 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo requiere la «divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer a la consideración ajena», pero no es menos cierto que las imputaciones no precisan de manera inexcusable, que vayan concretadas a persona plenamente identificada con nombres y apellidos, pues es bastante que sea susceptible de identificación por los datos o detalles difundidos, ya que entender lo contrario, supondría reducir a límites inaceptables la aplicación de la figura comprendida en el precitado apartado, y en esa línea de identificación a través de datos o detalles, se encuentra la doctrina mantenida por la Sala, establecida, entre otras, en las sentencias de 5 de diciembre de 1989, 4 de octubre de 1990 y 29 de noviembre de 1991. En este orden de cosas, no cabe negar que el facilitar el número de un abonado telefónico, lleva consigo la posibilidad de su posterior determinación personal con nombre y apellidos.

La divulgación en clave de imputaciones difamatorias no obsta al cumplimiento de este requisito (el de divulgación) a efectos de la aplicación del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.— La exigencia de la «divulgación» que preconiza el artículo 7.7 vino a concurrir en el caso que nos ocupa sin que el particular de la «divulgación» pueda quedar invalidado por el hecho de que la publicación verse sobre anuncios «en clave» o «cifrados». Como de su texto se desprende una dedicación a la prostitución y ello representa un inequívoco ataque al honor, integrado en los dos aspectos que señala reiteradamente la jurisprudencia de la Sala: a) el de inmanencia o mismidad, constituido por la estimación que cada persona hace de sí misma, y b) el de la trascendencia o exterioridad, formado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, es de concluir que con la publicación de los meritados anuncios se produjo la intromisión ilegítima descrita en el meritado artículo 7.7. (STS de 23 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El diario «Ultima Hora» de Palma de Mallorca insertó dos anuncios consecutivos en la sección «Personales» en los que junto a sendos mensajes de significación inequívoca —«Josmina, negrita antillana muy sexy, piso privado» y «Jenny, mulata modelo, habla inglés, sólo tardes»— facilitaba un determinado número de teléfono. La titular del teléfono resultó ser una mujer separada, con dos hijos que se ganaba la vida ejerciendo su oficio de modista y cuya existencia se vió alterada por continuas y desagradables llamadas telefónicas. Esta circunstancia le mueve a interponer una demanda de protección de sus derechos fundamentales al honor intimidad y propia imagen que el Juzgado de Primera Instancia desestima. Acoge la Audiencia en parte el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación promovido por la editora del periódico y su directo. (R.G.S.).

3. El cese del titular de un cargo de confianza no supone intromisión ilegítima en el honor de éste.— El cese del director general de una sociedad, aún afectando a su actividad profesional, carece de entidad, en principio, para ser considerado sin más intromisión ilegítima en el honor porque, tratándose estatutariamente de un «cargo de confianza», sólo denota que el interesado ha perdido ésta, lo cual no es en absoluto denigrante ni debe necesariamente ir acompañado de particulares explicaciones. Quien desempeña un cargo de esta clase asume el riesgo de ser relevado del mismo a criterio del órgano facultado para ello y, si tal acontecimiento se produce, no puede considerarse que afecte a su honor ni aún comprendiendo en el mismo, como es lo procedente, el prestigio profesional. (STS de 25 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Don E.M.J. ex-director general de la Sociedad General de Autores de España demanda a ésta entidad ante el Juzgado de Primera Instancia por estimar que su cese ha comportado una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen. El Juzgado desestima la demanda. Se desestima igualmente el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

4. Derecho al honor y a comunicar o recibir libremente información veraz.— La colisión entre el derecho al honor y a la información, supone la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales.

Si en una primera fase el Tribunal Constitucional consideró que dicho conflicto no podía ser objeto de un tratamiento apriorístico dando prevalencia a un derecho sobre otro pues era preciso ponderar cada caso concreto, sin embargo esta posición ha sido objeto de una evolución.

La más reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 24/92, 178/93) y de esta Sala (STS 18-abril-89) mantiene que existe «una posición prevalente, que no jerárquica» del derecho de información sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la C.E., fundamentada en que la información entraña «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública indisolublemente ligada al pluralismo político».

Por tanto, en contraste con el carácter eminentemente personalista del derecho al honor, el derecho a la información se configura no sólo como un derecho fundamental de cada ciudadano, sino que igualmente garantiza la

legitimidad democrática permitiendo el mantenimiento de una opinión pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido otros derechos que la Constitución española consagra.

Derecho a la información. Límites.— El derecho a la información al igual que el resto de los derechos fundamentales, no, puede considerarse absoluto, pues sólo ostenta un carácter prevalente si recae sobre una información veraz y que afecte a un asunto de interés general tanto por la materia como por la persona.

Cualquier divulgación de hechos concernientes a la intimidad de una persona que puedan motivar su descrédito frente a la sociedad, aun siendo hechos veraces si no contribuyen en nada a la formación de una recta opinión pública, traspasará los límites admitidos del derecho a la información y por tanto supondrá un claro quebranto del derecho al honor de las personas. (STS de 13 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El actor dedujo demanda sobre protección al honor contra R.P.H., el director del diario «La Nueva España», un periodista del mismo, y la empresa «Editorial Prensa Asturiana», a consecuencia de la reproducción exacta que se había efectuado en el diario de ciertas manifestaciones de R.P.H. acerca de hechos a juicio del demandante afectantes a su honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo estimó la demanda en su totalidad.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó en parte la Sentencia considerando que el ilícito sancionable sólo recaía sobre R.P.H.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación presentado por los demandantes, y así confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (S.A.R.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Calificación de contrato. Los contratos atípicos exigen con mayor contundencia si cabe, la existencia de los elementos previstos por el artículo 1.261 C.C.— «El contrato cualquiera que sea su forma en que se hubiera podido perfeccionar, la verbal inclusive, carece de todos los elementos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil... elementos, consentimiento, objeto y causa, que en los negocios jurídicos como el debatido son exigibles con harta perfección y contundencia, por su especial y compleja naturaleza que como dice la doctrina de esta Sala su calificación no encaja exactamente en las figuras contractuales legalmente instruidas ni en las modeladas por la doctrina». «Habiéndose definido estos contratos como atípicos o innominados *«do ut des»* con grandes analogías con la permuta pero que en el presente caso falla la demostración de los tres requisitos imprescindibles».

Carencia de la voluntad de todos los comuneros.— «El motivo se refiere al error que se atribuye a la Sala de Apelación en cuanto afirma que las contraprestaciones del supuesto acuerdo verbal no eran equilibradas. Pues bien, aparte de que el supuesto error no es sino uno de los múltiples argumentos o consideraciones *«obiter dicta»* de la sentencia impugnada, ninguna rele-

vancia tiene el hecho de que fuera mejor la oferta de la actora hoy recurrente del que en definitiva fue cesionario del solar, ...ya que aquí lo trascendente es que no se obtuvo el consentimiento de la totalidad de los copropietarios ahora demandados». (STS 12 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La mercantil «PROMOTORA INMOBILIARIA ADV S.A.» interpuso demanda contra los Srs. Ochaita en cuyo Suplico solicitaba se condenase a los demandados a «formalizar en escritura pública el contrato de permuta verbal celebrado entre las partes» por el que se permutaban terrenos existentes con locales futuros. En primera instancia la Audiencia falló entendiéndose no haber lugar al recurso de apelación. Recurrida en casación y admitidos dos motivos, el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de no dar amparo al primero basado en pretendido error de la Sala, ni al segundo que denunciaba violación del artículo 1.278 C.C. en relación con el artículo 1.261 de igual cuerpo legal.

NOTA.— La sentencia se basa en el factor verdaderamente decisivo para establecer la calificación de los contratos innominados tal es la voluntad de las partes que se manifiesta en el interés que les ha motivado a contratar; dándose la circunstancia de que se demostró que sólo dieron su consentimiento parte de los comuneros por lo que no se había llegado a formar una verdadera voluntad con eficacia contractual. Supuesto distinto es el de la carencia de causa por falta de verdadera reciprocidad de las prestaciones, supuesto que entendió la Sala no concurriría aunque se calificasen las contraprestaciones desequilibradas dado la naturaleza especial del contrato atípico enjuiciado. (*J.M.T.P.*).

6. Calificación del contrato: cesión de cafetería en estación de RENFE.— La cuestión central debatida en el caso de autos es el sometimiento o no a la Ley de Arrendamientos Urbanos de un contrato por el cual RENFE cedía un local, instalado en una Estación de Ferrocarril, a unos particulares para la prestación de un servicio de cafetería. Las peculiaridades propias del contrato (en el que se establecían estipulaciones relativas al personal empleado por el denominado Prestador del servicio, a los elementos utilizados por éste, a las consumiciones servidas y al servicio en general, concretamente a su horario, reservándose RENFE facultades inspectoras) motivaron que tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal de apelación, sin clasificarlo propiamente como típico arrendamiento de industria, hicieran referencia a las semejanzas entre ambos contratos. A este respecto, el TS puntualiza el alcance de esta calificación, pues «aún si se reconoce la afinidad existente entre este atípico contrato de prestación de servicios en una Estación de Ferrocarril y el arrendamiento, nunca podría aceptarse que se reconduzca a un arrendamiento de local de negocio, pues, en cualquier caso, nos hallaríamos ante un arrendamiento complejo excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos por cuanto el arrendatario se obliga a realizar prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia, supuesto éste de exclusión reconocido jurisprudencialmente (Ss. 29 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1979 y 29 de diciembre de 1986, entre otras)».

Acreditación de los daños y perjuicios en la fase declarativa.— «El art. 1.101 del C.c. presupone la prueba de los perjuicios, que ha de practicarse en el pleito, y cuya apreciación real y no dubitativa debe ser estimada por el Tribunal sentenciador, aún cuando una vez probados quede para ejecución de sentencia la determinación de su cuantía, sin que a tal trámite procesal pueda quedar relegada la prueba de la existencia de los perjuicios (Ss. de 2 de febrero de 1969, 5 y 23 de marzo y 13 de abril de 1992)». (STS de 31 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La demanda presentada por la compañía de ferrocarriles RENFE para la resolución de un contrato de prestación de servicios de cafetería, que esta entidad tiene en la estación de San Vicente de Calders-Comarruga, es tramitada en un primer momento a través del procedimiento incidental previsto en el art. 126 de L.A.U.. Por auto de fecha 21 de julio de 1987 el Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de lo actuado y la continuación del juicio por el trámite del menor cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid, en sentencia de 27 de febrero de 1989, resolviendo los autos de juicio de menor cuantía, declaró resuelto el contrato entre la compañía RENFE y los demandados, asimismo condenó a éstos a que desalojaran las instalaciones que ocupaban y «al pago de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera resultada (sic) acreditada en ejecución de sentencia con las bases anteriormente establecidas». La Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra el auto de fecha 21 de julio de 1987 y la sentencia de 27 de febrero de 1989. El Tribunal Supremo, estimando en parte el recurso de casación, procede a casar la sentencia de apelación dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la indemnización de daños y perjuicios, absolviendo a los demandados de lo solicitado a este respecto. (V.M.L.).

7. Abstracción procesal de la causa: sentido del artículo 1.277 del Código civil.— La causa es requisito esencial para la validez del contrato, debiendo existir ser lícita y veraz, según se desprende de lo dispuesto en los arts. 1.261.3, 1.262, 1.275 y 1.276 del Cc, de manera que la presunción contenida en el art. 1.277 sólo dispensa al acreedor, en caso de contienda judicial, de probar la existencia de la causa, extremo que puede destruirse por prueba en contrario, lo que implica una inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, pero no impide al deudor demostrar lo contrario, ni oponer excepciones fundadas en el negocio de que el reconocimiento de deuda forma parte y excusar su cumplimiento, cual ocurre en el caso con la «*exceptio non rite adimpleti contractus*» que acoge la Audencia; y es que la presunción «*iuris tantum*» admite siempre prueba en contrario y eso ocurre con el art. 1.277 del Cc. Porque la inexpressión de la causa permite presumir su existencia y licitud, pero en modo alguno que el negocio funcione como abstracto, pues la jurisprudencia posterior aclara la necesidad en todo caso de la causa, significando su presunción la necesidad de su existencia, ya que de no ser así carecería de sentido la presunción como medio de prueba de la causa. En aclaración de cuanto se ha expuesto la cita jurisprudencial sería interminable, pero sirva como muestra que si la sentencia de 3 de noviembre de 1981 dijo

que, aún dada la falta de expresión de la causa en el contrato, el art. 1.277 compele a que se la presuma existente y lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario, lo cual si bien no es tanto como admitir indiscriminadamente el negocio abstracto, si una consideración de la causa, silenciada, pero no inexistente, lo que repite la S. de 29 de enero de 1983; la de 28 de marzo del propio año aclara que no es defendible en nuestro Derecho la tesis que atribuye valor constitutivo al puro reconocimiento de deuda, sino la de considerar la ausencia explícita de causa como una abstracción procesal —no material— de la misma, con el efecto de invertir la carga de la prueba; y las de 3 de febrero de 1973, 30 de diciembre de 1978 y 28 de marzo de 1983 afirman tajantemente que no está permitido el negocio abstracto, puntualizando la de 30 de junio de 1983 que no cabe prescindir de lo imperativamente ordenado en los arts. 1.261 y 1.275, que proclaman la necesidad de la causa para la existencia del negocio, aún no aparente; y para terminar con la muestra, las de 22 de febrero de 1973 y 20 de diciembre de 1983 concretan que la presunción de la existencia de la causa admite la prueba en contrario. (STS de 11 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Aluximetal, S.A. reclama de «Fishguard Shipping and Investment, CO.S.A.», armadora de un buque, el importe de unas obras realizadas en el mismo. El representante de la armadora en España reconoce en documento privado la realización de las obras, el precio estipulado y la forma de pago. Consta en sucesivas actas notariales la existencia de diversas irregularidades en la realización de los trabajos estipulados pese a lo cual el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia entiende por el contrario, que la obra no se ha terminado en su totalidad condenando a la armadora a satisfacer sólo el importe de los trabajos realmente ejecutados. Recurre en casación Aluximetal, S.A. alegando la inaplicación por parte de la Audiencia del artículo 1.277 del Código civil, precepto que, a su juicio, admite la existencia de negocios jurídicos abstractos cual el reconocimiento de deuda. El recurso no prospera. (R.G.S.).

8. Prelación de créditos y anotación preventiva de embargo: alcance del artículo 71 de Ley General Tributaria.— El privilegio general que consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley al puntualizar que el Estado, las Provincias y los Municipios, tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en artículo 44 de la Ley Hipotecaria, precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, por lo que ha de concluirse que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, ajenos al presente, la anotación preventiva por débitos, queda sometida a la normativa del número 4.^o de éste precepto del Código, y no a la preferencia general que parece derivarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el principio restrictivo inherente a los privilegios y a la doctrina de esta Sala. (STS de 30 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— EYMO S.A., acreedora de don M.G.G. promueve juicio ejecutivo que culmina con el embargo de inmuebles del deudor anotado preventivamente en febrero de 1983. Interpone demanda de tercería de mejor derecho la Abogacía del Estado con base en el artículo 71 de la Ley General Tributaria que consagra la preferencia de la Hacienda Pública frente a los restantes acreedores sin consideración alguna de la fecha del crédito de aquella ni de éstos. La anotación preventiva de embargo correspondiente al crédito tributario se practicó en diciembre de 1983. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería. Se desestima igualmente la apelación de la Abogacía del Estado. No prospera el recurso de casación. (R.G.S.).

9. Venta de inmuebles: Simulación absoluta instada por abogado del Estado: Prueba.— Se declara probado que la finca a que se refiere este pleito fue vendida por la empresa Hijos de P.M. S.A. a los tres demandados, con antelación de varios meses antes de que Hacienda acordase el embargo de la misma, casi un año antes de que la entidad vendedora solicitase la declaración de suspensión de pagos, y varios años antes de que el Estado se adjudicase tal finca en subasta pública, de donde se desprende que cuando se realizó el contrato cuya nulidad por simulación se pretende, la entidad vendedora no tenía embargada la finca en cuestión, y que el título de adquisición del Estado es muy posterior al de los demandados personados, no existiendo prueba alguna de la simulación pretendida por el Abogado del Estado, pues el hecho de que los compradores fueran parientes del representante legal de la vendedora, no excluye en absoluto que quieran adquirir para sí, siendo el único punto dudoso el precio de la enajenación, inferior desde luego al valor de la finca, como se deduce de su extensión y del valor dado por Hacienda al liquidar el impuesto, valor aceptado a efectos tributarios por los demandados; pero ello no justifica la simulación pretendida pues *obiter dicta* se alega que pocos meses antes la vendedora había adquirido la finca en cuestión por un precio ligeramente inferior (STS de 29 marzo de 1993; no ha lugar). (G.G.C.).

10. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Doctrina general.— Según la más reciente doctrina jurisprudencial —como recoge la sentencia de 4 de marzo de 1992— para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte; así como no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, siendo, en definitiva, aplicable el art. 1504 C.c. a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago prolongado, duradero e injustificado.

Relación entre los arts. 1.124 y 1.504.— Según reitera la sentencia de 7 de julio de 1992, los arts. 1.124 y 1.504 no constituyen compartimentos estancos, de manera que sus contenidos normativos deben armonizarse en cuanto sea posible, sin merma de la especificidad que respecto a los inmuebles compete al segundo de los citados; esta coordinación aplicativa determina que sea necesario, a los efectos de admitir la vinculación automática que produce el requerimiento resolutorio, que el vendedor no haya incurrido en un incum-

plimiento anterior de sus obligaciones, si tal incumplimiento ha condicionado o condiciona, a su vez, la realización oportuna del pago, pues así resulta justificada la resistencia del comprador al pago, ya que siendo el art. 1.504 una manifestación específica del art. 1.124, o sea una especie concreta de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas, previene el último de tales artículos, claro es que no puede generarse causa resolutoria por incumplimiento contractual, cuando éste sea precisamente debido al comportamiento de quien pretende la resolución o venga justificada la resistencia del pretendido incumplidor; la apreciación del incumplimiento es cuestión de hecho, pero cuando la base para sentar ese incumplimiento estriba, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de los mismos, constituye una *quaestio iuris*, que cae en el ámbito de la revisión casacional, a fin de establecer si su naturaleza afecta a tracto del cumplimiento contractual, o, en cambio, ha de ponderarse como enervatorio de la legitimidad del requerimiento de resolución.

Inscripción por el vendedor de la finca vendida en el Registro de la Propiedad: Carácter accesorio y no fundamental: Su incumplimiento no es resolutorio.— Aun en el caso de que se estimase que el vendedor tenía obligación de inscribir su título de propiedad para posibilitar el acceso al Registro de la transmisión del dominio por los compradores la demora en la inscripción no puede estimarse como incumplimiento de una obligación fundamental sino accesorio, y tal incumplimiento no es suficiente para justificar a su vez el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones fundamentales, conforme establecen las ss. de 22 de octubre de 1985 y 10 de mayo de 1989; de ahí que, al faltar ese carácter de reciprocidad entre esa supuesta obligación accesorio de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, recaente sobre el vendedor, y la de pagar el precio que pesa sobre el comprador, tal pretendido incumplimiento no es bastante para justificar el del comprador de su principal obligación, no estando acreditado, por otra parte, que éste hubiera requerido en momento alguno al vendedor para que procediera a la tan reiterada inscripción registral.

Inexistencia de la obligación de inscribir.— En el presente caso las partes no establecieron ninguna obligación accesorio o complementaria, de cuyo cumplimiento se hiciera depender las obligaciones fundamentales de este contrato de compraventa, por lo que entregada la cosa vendida por el vendedor al comprador, que ha venido disfrutando pacíficamente de su posesión, éste venía obligado al pago del precio en la forma pactada, y al no hacerlo así, está justificada la resolución del contrato por el comprador, no sólo por aplicación de la cláusula resolutoria expresa, sino por aplicación del art. 1.504.

Consecuencias de la resolución: Moderación de los daños y perjuicios.— La estimación del recurso, al ser conformes ambas sentencias, obliga a esta Sala a pronunciarse sobre el fondo, procediendo en consecuencia, con revocación de la sentencia de primera instancia, estimar la acción resolutoria interpuesta por la parte vendedora, condenando al desalojo de la finca vendida con la indemnización de los daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: a) el 50% de las cantidades entregadaa por los vendedores en concepto de precio hasta el requerimiento resolutorio, moderándose así la cláusula penal establecida en el contrato que implicaba la pérdida total de los pagos efectuados; y b) la renta que se pague por el arrendamiento de una finca de similares características durante el tiempo comprendido entre el requerimiento y la entrega efectiva de

la finca por los compradores, sin que pueda exceder de 125.000 pts. mensuales, devolviendo la actora a las compradora las letras de cambio que obren en su poder impagadas. (STS de 22 de marzo de 1993; ha lugar).

NOTA.— Se vende un solar por precio totalmente aplazado de cinco millones de pts, entrando la entidad compradora inmediatamente en posesión de aquél; faltando el abono de un millón y medio de pts. se produce el impago de varias letras, requiriendo la vendedora por acto de conciliación la resolución de la venta, alegándose que la vendedora no había cumplido la obligación de inscribir la finca a su nombre en el Registro, cosa que realiza con posterioridad; la compradora consigna judicialmente un millón de pts. y deposita ante Notario el resto. En ambas instancias se desestima la acción resolutoria, y el TS acoge el recurso de casación por las razones que se extractan.

Abandonada la tesis de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato», no cabe duda de que se ha entrado en una vía de objetivación del incumplimiento, y aunque —como ocurre en este caso— la entidad compradora había abonado la mayor parte del precio, se dejan impagadas varias letras de cambio lo que determina la inmediata aplicación de la cláusula resolutoria expresa. También parece correcta la doctrina que se sustenta a propósito de la obligación accesorio del vendedor a inscribir la finca en el Registro; la sentencia se manifiesta en un doble plano: 1.^o) caso de haberse pactado, sólo sería eficaz de haberse pactado como resolutoria, cosa que evidentemente no ocurre; 2.^o) estableciéndose dicha obligación de inscripción sin aquel carácter, se trataría de una obligación accesorio cuyo incumplimiento no puede enervar el ejercicio de la facultad resolutoria expresa; 3.^o) en el presente caso, tal obligación no se estipuló, ni el contrato contiene referencia alguna a la misma. Queda invalidada la causa justificativa alegada por la parte compradora. Con todo, cabe preguntarse si, en el tráfico inmobiliario entre sociedades mercantiles, no puede ya considerarse implícita dentro del contenido legal del contrato la obligación del vendedor de facilitar la ulterior inscripción del comprador.

Otra circunstancia destacable es la moderación de las consecuencias resolutorias que el TS, actuando como Tribunal de instancia, realiza al amparo del art. 1.154, reduciendo a la mitad la pérdida de los abonos realizados por la entidad compradora; solución equitativa que debe aprobarse. (G.G.C.).

11. Compraventa. Incumplimiento resolutorio: los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil no se excluyen sino que se complementan.— Los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que a su vez hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 considera indispensables la jurisprudencia (S.T.S. de 14 de febrero de 1985).

Diferencia entre el artículo 1.124 y el 1.504 del Código Civil: el primero es una norma genérica, mientras que el segundo actúa como norma específica en el caso de incumplimiento por impago del precio en la venta de inmuebles.— El artículo 1.124 como precepto genérico se refiere a toda clase de contratos bilaterales, cuando se incumpla por uno de los obligados, en cuyo caso, automáticamente el perjudicado podrá pedir la resolución, aunque este remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una «facultad implícita en las recíprocas»; en tanto el artículo 1.504, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y únicamente ante el incumplimiento por impago del precio, total o parcial, sancionándose entonces que «aún cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». (SSTS de 22 de enero de 1991 y 1 de junio de 1992) (STS de 16 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Doña M.G.H. y su esposo vendieron con fecha 14 de mayo de 1965 un piso a Don J.A.R.P. y Doña J.M.L. Posteriormente, los vendedores demandarían a los compradores instando la resolución del contrato de compraventa por impago del precio aplazado, sin acreditar el previo requerimiento judicial o notarial.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación. (I.D.-L.).

12. Compraventa de solar para edificar: Condición resolutoria expresa.— Pactada en el contrato la cláusula resolutoria según la cual la compraventa se condiciona resolutoriamente a la obtención de la preceptiva licencia de edificación de los 3443 metros cuadrados de superficie edificable, de modo que si por cualquier causa ajena a las partes la Administración no la otorgase en el plazo de diez meses a contar desde la fecha del documento privado, ambas partes podrán optar por resolver el presente contrato, tal hecho constitutivo de la condición resolutoria ha de estimarse cumplido, al ser incontrovertible la falta de obtención de la licencia en el plazo previsto por las partes, con el efecto de desligar a los vendedores de la obligación de recibir el precio restante y de otorgar la correspondiente escritura, siendo de advertir que la circunstancia de que tal hecho sea imputable a los compradores sólo tiene influencia en el derecho de éstos a solicitar, o no, la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, cuestión no planteada en este litigio.

El incumplimiento contractual como «*quaestio iuris*»: La falta de aprobación del estudio de detalle no impide la solicitud de licencia condicionada de edificación.— Según reiterada jurisprudencia, la declaración de incumplimiento de los contratos, si bien es cuestión fáctica cuando depende de si se han omitido o realizado determinados actos, puede revestir cuestión de derecho en los casos en que la base para la apreciación del incumplimiento consiste, más que en los actos realizados, en su transcendencia jurídica, como ocurre en el presente caso; así la pretensión del recurso de reposición contra la aprobación del Estudio de Detalle del Ayuntamiento, no impedía la solicitud de la licencia de edificación, admitida como está por la jurisprudencia la posibilidad de otorgar licencias introduciendo en ellas *condiciones juris*,

es decir, cláusulas que eviten la denegación de la licencia mediante la incorporación en ésta de exigencias del ordenamiento vigente (así sentencia de la antigua Sala 4.^a del T.S. de 2 de febrero de 1889).

Novación: Requisitos: Interpretación.— Es doctrina reiterada de esta Sala que la novación nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar; igualmente es doctrina legal que la facultad de establecer si se dan, o no, los presupuestos de la novación tanto extintiva como modificativa, reside en los Tribunales de instancia a cuyo criterio ha de estarse en tanto no sea atacada por la vía del n.º 4.º del art. 1.692 L.E.C.; en el presente caso se declara que el pacto adicional celebrado por los contratantes no tuvo otra finalidad sino la de aplazar el pago del precio ante las dificultades surgidas en la aprobación del Estudio de Detalle, pero sin hacer mención expresa alguna a la condición resolutoria establecida en el pacto primero o inicial, y sin que la subsistencia de esa cláusula resolutoria se muestre incompatible con el contenido de la cláusula adicional; además, la falta de una voluntad novatoria respecto de la indicada cláusula resolutoria surge del propio tenor literal de la cláusula adicional en la que las partes ratifican expresamente el contenido del contrato originario, al que se remiten en todo lo que no quede modificado por los acuerdos que en ella adoptan, de los cuales no puede deducirse la existencia de ese pretendido *animus novandi* respecto a la cláusula resolutoria inicialmente pactada. (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Frente al ejercicio extrajudicial por los vendedores de la cláusula resolutoria expresa pactada en la escritura inicial, los compradores solicitan la elevación a escritura pública del documento privado inicialmente convenido. La demanda se desestima en ambas instancias, si bien el Juez de 1.^a Instancia utiliza una fórmula poco corriente en la parte dispositiva de su sentencia («estimando en una mínima parte la demanda...»). Aunque la validez de la cláusula resolutoria no ofrece dudas, parece que las relaciones entre las partes son muy complejas y sólo parcialmente han aflorado en el pleito, ¿Es exigible a los compradores que soliciten una licencia de edificación «condicionada» para no incurrir en la resolución? (G.G.C.).

13. Doble venta: Unicidad de persona.— El artículo 1.473 C.C. parte de un presupuesto personal ineludible tanto si se trata de compraventa de muebles como inmuebles: El de la unicidad de la persona del vendedor, lo que motiva que cuando dicho requisito no concurra no pueda hablarse de «doble venta».

No obstante dicha «unicidad de persona» se produce aun cuando fallecido el transmitente, deviene una subasta judicial del bien y ello debido a una «consideración jurídico-sustantiva y procesal; la derivada de la naturaleza jurídica de esa figura que suele constituir la culminación de los procedimientos de apremio y es la pública subasta, ya que tratándose como se trata de enajenación forzosa operada a través del mecanismo arbitrado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en dichos procedimientos lo que se produce es más que una subrogación o una sustitución *ex lege* de la persona del deudor embargado, titular del bien subastado, por el órgano judicial competente que actúa por tanto en estos casos a título meramente instrumental».

Además la Resolución de la D.G.R.N. de 2 de diciembre de 1892 referida a un supuesto de enajenación por el procedimiento sumario, estima que la venta resultante puede hacerse en nombre del deudor aunque hubiere fallecido. Consecuencia ineludible de este planteamiento es la consideración de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de que goza quien adquiera en pública subasta judicial debido a que se considera que adquiere de quien figura inscrito. Y por tanto no se trata de un tercero protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria que debiera esperar dos años para alcanzar la plena protección registral.

Posesión real y ficta.— Dicho artículo entiende que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad; si bien es lo cierto que «ni la doctrina científica ni la de esta Sala están muy acordes en ello escindiéndose en dos sectores, el de otorgar prevalencia a la posesión real sobre la ficta; y el de considerar ésta por encima de aquélla, situación por otra parte lógica cuando de cuestiones de derecho se trata habida cuenta las proyecciones sociales, económicas, familiares y personales en cada uno de los casos contemplados por los tribunales pueden presentarse». (STS de 13 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Don Antonio Mathen Palau, vendió una finca mediante contrato privado de compra-venta a don Rafael Millares Gali, el día 3 de marzo de 1977, quedando la finca inscrita a nombre del vendedor quien falleció en 1986. Posteriormente se produjo enajenación forzosa de la finca por el procedimiento de apremio, y tras la pública subasta se operó inscripción registral de la finca a favor del Banco de Santander, el día 3 de diciembre de 1988, quien la transmitió a la entidad «Ariel Promociones Catalanas».

Don Rafael Millares Gali, interpuesto demanda contra los herederos, en herencia yacente, de don Arturo Matheu Palau, contra Ariel Promociones Catalanas y contra el Banco de Santander S.A., solicitando la cancelación de la inscripción registral y la elevación a público del contrato de compra-venta realizado en 1977. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; interpuesto recurso de Apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona lo desestimó. El Tribunal Supremo desestimó totalmente el recurso interpuesto.

NOTA.— Sería necesario la observancia de dos cuestiones sobre las cuales no se pronuncia la Sala, para poder alcanzar una comprensión plena de los pronunciamientos esgrimidos: La primera es la concurrencia o no de la buena fe en quien inscribió primero, pues aunque el artículo 1.473 no haga expresa referencia a la buena fe, entiende doctrina y jurisprudencia como exigencia ineludible para que se dé el supuesto de hecho contemplado por la norma su concurrencia. Además la sentencia no hace referencia a la doctrina resultante de la sentencia TS de 11 de abril de 1992 que entendió como presupuestos de existencia de doble venta el que cuando se perfeccionará la segunda venta, la primera no hubiera sido consumada todavía pues de otra forma se trataría de venta de cosa ajena o inexistencia de una segunda venta por falta de objeto. (J.M.T.P.).

14. Nulidad de compraventa.— La parte vendedora solicita la declaración de nulidad del contrato de compraventa dado que el cónyuge copropietario no dió su consentimiento. Sin embargo, dicha finca urbana era de carácter privativo y únicamente al dividirse horizontalmente el edificio, a dicha finca resultante se le otorgó el carácter de ganancial. El Tribunal Supremo se manifestó sobre dicha pretendida nulidad entendiendo que: «No ha sido discutido por nadie, y si documentalmente acreditado el carácter inicialmente privativo del departamento objeto de la venta, ... a partir de tal reconocimiento, holgarían más averiguaciones acerca de si en la venta medió o no el consentimiento de la esposa, y ha de insistirse con el efecto de rechazar la pretensión anulatoria formulada por ésta, so color de una condición de ganancialidad, surgida tiempo después de haber ostentado el inmueble aquella naturaleza privativa, siendo titular exclusivo del mismo el esposo aún después del matrimonio y concretamente cuando encomendó su venta al agente de la Propiedad, y se llevó a cabo ésta ... con fijación de precio y entrega de cantidad a cuenta».

Exigencia de buena fe.— «A idéntica conclusión se llega desde la importante perspectiva de protección a terceros de buena fe, que, como principio general del ejercicio de los derechos, establece el apartado 1 del artículo 7 del Código Civil, a cuya luz es inaceptable que, celebrado el contrato en nombre del esposo siendo titular privativo del inmueble y entregado el precio convenido... éste resista la venta después de haber recibido el precio, argumentando con la falta de consentimiento Uxoris dada la ganancialidad del piso vendido, siendo así que a esta situación de pretendida ganancialidad —que no tuvo acceso al Registro hasta bastante después del contrato— y desde luego desconocida por los compradores».

Inoponibilidad de la declaración de ganancialidad.— «Esta presente la dudosa eficacia que resulta de haber alterado la naturaleza privativa del bien mediante una actuación de carácter instrumental que permite la Ley de Propiedad horizontal». (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Los señores don Emilio Muñoz López y doña Be-goña Prado González formularon demanda contra el Agente de la Propiedad Inmobiliaria don Miguel Angel Sotillos Roldal y contra los esposos don Javier Gómez Morata y doña Elena Gómez-Martinho Fernández suplicando se dictare sentencia por la que se declarase la existencia de un contrato de compraventa por el que el matrimonio demandado vendieron un departamento a los actores. En la contestación a la demanda se reconvino alegando la nulidad del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la reconvección. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia, entendiendo no oponible a los adquirentes el pretendido carácter de ganancial del bien que se transmitió, y en su consecuencia el contrato válido y eficaz por no haber hecho falta en él la declaración de voluntad del cónyuge no interviniente.

NOTA.— La sentencia entiende no haber lugar a la causa de anulación solicitada y recogida por el artículo 1.322 C.C., dado la inoponibilidad del acto fundamento de la pretendida anulación, el cual aún

de haber sido anterior a la fecha de la venta hubiera necesitado de una publicidad de la que no gozó hasta fecha muy posterior, tratándose pues de un problema de publicidad y seguridad. (*J.M.T.P.*).

15. La interpretación de los contratos es facultad privativa del órgano jurisdiccional.— Atendiendo a doctrina consolidada de esta Sala, declarada en función del artículo 1.282 del Código civil, la interpretación de los contratos es facultad privativa del órgano jurisdiccional a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1992, entre otras muchas), sin que, por tanto, sea método idóneo de razonamiento el de comparar las interpretaciones que ofrece cada una de las sentencias (1.^a y 2.^a instancia) para establecer cuál sea la más razonable, en opinión, claro está, del interesado criterio de parte.

Jerarquización de las reglas del Código civil que disciplinan la interpretación de los contratos.— La interpretación de los contratos viene regulada en un plano de jerarquización, de manera que la observancia de la regla contenida en el artículo 1.281.1 del Código civil, impide la aplicación subsidiaria de las previstas en su segundo apartado y en el posterior artículo 1.285 (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991).

Facultad de suspender el pago del precio atribuido al comprador: requisitos para la aplicación del artículo 1.502 del Código civil.— El derecho reconocido por el artículo 1.502 exige para su válido ejercicio no sólo las circunstancias de acreditar en debida forma y por cualquiera de los medios admitidos en derecho los hechos en que se fundan los temores o inquietudes del comprador de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o que tuviera fundado temor de serlo, sino además que provenga del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria que conduzcan a semejante resultado, porque el artículo 1.502 no puede aplicarse a causas distintas de las que comprende (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986), teniendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que el repetido artículo ha de interpretarse restrictivamente (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1989), requisitos o exigencias que no se infieren, como resalta la sentencia recurrida, de las causas que detalló la parte en el acta notarial, razones por las que ha de desestimarse el motivo a tenor de la línea jurisprudencial que interpreta el precepto según se ha dicho, con criterio continuado que confirma entre otras, la sentencia de 16 de julio de 1992.

Para la resolución de un contrato basta con la pasividad morosa a cumplir con la obligación de pago.— Para la resolución del contrato no se requiere una voluntad dolosa del incumplidor que es a lo que apunta la frase «voluntad rebelde al cumplimiento», sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato, por lo que, consecuentemente, no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento sino que basta con la pasividad morosa a cumplir con la obligación de pago (sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de febrero de 1991, entre otras). (*STS de 23 de marzo de 1993*; no ha lugar).

HECHOS.— D.^a C.A.G. entabla juicio declarativo contra Promociones y Fabricaciones, S.A. solicitando esencialmente se declare la vigencia del contrato de compraventa de inmueble suscrito entre ambas. La demandada se opone y reconviene pidiendo la resolución

del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia, que admite la apelación de la demandada, desestima la demanda y estimando la reconvencción decreta la resolución del contrato. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R.G.S.).

16 . Contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él. Naturaleza: atípico «do ut des», con analogías con la permuta de solar por cosa futura.— El contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él es atípico «do ut des», con analogías con la permuta de solar por cosa futura, pero en el que puede incluirse cualquier modalidad lícita, a virtud de los principios «pacta sunt servanda» (art. 1.091), dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los artículos 1.255 y 1.258 del C.c.

Incumplimiento contractual. Valoración de la conducta del deudor: Alcance de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde».— La jurisprudencia ha dulcificado la exigencia inicial de una «voluntad deliberadamente rebelde» en el sentido de que no puede pedirse una aplicación literal de la frase, que sería tanto como exigir dolo, siendo más razonable apreciar incumplimiento cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 21 de enero y 4 de marzo de 1986).

Prohibición de plantear una cuestión nueva en casación: indefensión.— Plantear una cuestión nueva en casación implica indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (S.S.T.S. de 18 de abril de 1992; 5, 10 y 20 de diciembre de 1991; 18 de junio y 20 de noviembre de 1990). (STS de 7 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Don Luis G. G., constructor, y su hermano Don Teodoro G. G., empleado, celebraron un contrato el 15 de mayo de 1977 mediante el cual este último, propietario de una parcela en un pueblo de Toledo, aportaba la misma a fin de que sobre ella construyese el primero dos viviendas y dos garajes, de las cuales se adjudicaría Don Luis la de la planta superior, una terraza y uno de los garajes.

En las cláusulas del contrato se establecía: 1.º) Que Don Luis adquiriría mediante la firma del contrato la plena disposición en todos los órdenes y, en especial, en lo referente a llevar a cabo la construcción proyectada y la venta de lo que le correspondiera, y 2.º) Que si por cualquier causa Don Teodoro no otorgaba a Don Luis escritura de la mencionada vivienda, debería abonarle el total del presupuesto de la construcción de dichas viviendas, esto es, 3.217.054.- pesetas.

En 1978, cuando se había ejecutado el setenta por ciento de la obra, ésta fue interrumpida de común acuerdo entre las partes por falta de liquidez. Posteriormente, en el año 1982, Don Luis requirió notarialmente a su hermano para que le otorgase escritura de su vivienda

y garaje; sin embargo, Don Teodoro, que se encontraba realizando obras en la vivienda superior y garajes, no le contestó. Ya en 1986 Don Luis volvió a requerir a su hermano para que paralizase las obras, desalojase una parte del inmueble y otorgase la correspondiente escritura pública. Ante la falta de respuesta a este nuevo requerimiento, Don Luis demandó a Don Teodoro para que le entregase la vivienda de la parte superior, uno de los garajes, otorgarse la escritura y, subsidiariamente, que se le condenase a abonarle la suma de 3.217.054.- pesetas. Don Teodoro reconvino solicitando la resolución del contrato de 15 de mayo de 1977 por incumplimiento y la restitución de la cantidad de 397.268.- pesetas (diferencia entre la cantidad que él había abonado a su hermano para la obra y el dinero gastado efectivamente por éste).

El Juzgado estimó el pedimento principal de la demanda. La Audiencia confirmó esta sentencia. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I.D.-L.*).

17. Contrato de obra: Defectos en la construcción: Régimen del art. 1.591 C.C. y no de saneamiento por vicios.— Es criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia que a la norma del art. 1.490 C.c. se antepone la relativa a la responsabilidad por obras realizadas, que declara el art. 1.591 C.c., que es de carácter especial y de aplicación preferente, lo que se fundamenta —como declara la sentencia de 17 de octubre de 1974— en que si el comprador no tuviese más que la acción de saneamiento por vicios ocultos, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades cuando la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compra-venta, aunque no hubiesen transcurrido diez años desde la conclusión de la obra; también se ha declarado que los vicios que acarrear la ruina están sujetos al régimen especial del art. 1.591 y al general del incumplimiento obligatorio, en vez de al establecido por los arts. 1.484 y ss.

Vicios ruínógenos.— Los vicios ruínógenos consisten en diversas grietas en fachadas y en interiores de las viviendas, así como en la piscina, lo que la hace inservible para su fin; plantas de uralita rotas, que provocan filtraciones; mal funcionamiento de las farolas, por defectuosa instalación; aljibes sin la debida impermeabilización, lo que provoca humedades; cimentación poco cuidada, empleándose en la misma hormigón de baja resistencia, siendo de mala calidad el mortero de agarre; de todo lo cual deriva una responsabilidad sin posibilidad de delimitación fáctica entre los distintos intervinientes en la obra, con claros defectos constructivos que ponen en peligro la integridad de los edificios.

Responsabilidad del promotor: Solidaridad: Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.— Consta probado que no fue posible delimitar la responsabilidad de los intervinientes en la obra, y que para evitar el desamparo de los compradores de los pisos, hubo de declararse una responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la obra; lo que da lugar a que cada deudor solidario responda por el total de la deuda frente al acreedor, y que el deudor que pague pueda reclamar frente a los demás por su cuota correspondiente; esta solución jurisprudencial impide estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por ser suficiente con demandar a alguno de los implicados; habiendo declarado la jurisprudencia la equiparación del promotor con el constructor, así como la acción que contra aquél tienen los adquirentes de pisos y locales.

Documentos en apelación después del señalamiento de vista.— No es documento posterior, a efectos del art. 507 de la LEC un informe realizado por el Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, pues aun siendo de fecha posterior a la demanda y contestación, se refiere a hechos anteriores, cuales son los relativos a la realización de las obras discutidas y sus defectos, no produciendo indefensión su no aceptación en cuanto que nada impidió a la parte interesada haberlo presentado antes en autos; además aunque se hubiera admitido el discutido documento ninguna conclusión probatoria hubiera producido al ser contradicho por el resto de las pruebas apreciadas por la Sala *a quo*. (STS de 22 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Jurisprudencia ya consolidada, a propósito de las responsabilidades por vicios ruinosos, cuando se declara la solidaridad; también en cuanto a la aplicación preferente del art. 1.591 respecto a las normas sobre vicios en la compraventa. Doctrina plenamente de aprobar. (G.G.C.).

18. Arrendamiento de finca con opción de compra previo pago de prima: Doctrina general sobre el contrato de opción.— El llamado contrato de opción, al carecer de adecuada regulación, a excepción del art. 14 R.H., presenta estructura atípica, siendo conveniente distinguir el contrato de opción en sí mismo del derecho al ejercicio de la opción que en aquél se inserta; el convenio opcional se presenta en su origen de naturaleza bilateral, configurándolo la jurisprudencia como relación obligacional en virtud de la cual una persona —cedente— se compromete a vender a otra —optante—, bien para sí o para un tercero, una determinada cosa, y de esta manera el oferente queda unilateralmente vinculado hasta que decide el optante.

Doctrina general sobre el ejercicio de la opción.— La dinámica de la opción deviene en unilateral en la proyección a su conclusión, ya que el titular goza de libertad de decisión y disposición durante un período de tiempo determinado para la conclusión del negocio final previsto, con la obligación por la otra parte de tener disponible la cosa, el bien o el derecho que va a ser objeto del mismo, siendo su conducta de simple espera y en posición, en cierto sentido, análoga a la de oferta irrevocable.

Opción onerosa.— La bilateralidad del contrato de opción se refuerza cuando ha mediado prima, que viene a actuar a modo de contraprestación y precio de la opción.

Aplicación del art. 1.124 C.c. a la opción con prima: Su consideración como aportación eventual y no esencial del convenio.— La aplicación del art. 1.124 C.c. a la opción con prima resulta vacilante en la jurisprudencia pues la sentencia de 29 de julio de 1987 se refiere a un supuesto de no ejercicio del derecho de opción y se limita a afirmar que, al haber mediado precio en la opción «parece configurarla de bilateral e incluirla, en principio, en la órbita del art. 1.124 C.c.», mientras que la sentencia de 9 de octubre de 1989 se refiere a este último precepto en razón al modo en que las partes quedaron trabadas en el contrato. en torno al cumplimiento de sus respectivas prestaciones adicionadas a la opción, y, por su parte, la sentencia de 4 de enero de 1992 delcara improcedente el ejercicio de la acción resolutoria al haberse extinguido por caducidad el contrato de opción; se presenta de difícil acogida estimar que el pago de la prima sea elemento esencial del contrato de opción, tratándose

más bien de una aportación eventual pactada que impone al beneficiario una obligación perfectamente concretada, de modo que sólo puede operar como derecho a su percibo y a su reclamación caso de no haberse abonado; la operatividad de dicho precio sólo ha de reputarse como contraprestación a la inactividad que el obligado ha de mantener sobre el objeto de la obligación en cuanto a su negociación con terceros ajenos y en forma tal que haga imposible en su día el ejercicio del derecho de opción que concedió.

Requisitos del ejercicio de la opción.— El ejercicio válido del derecho de opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado, notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción; en el presente caso el ejercicio se produjo dentro del plazo convenido, depositándose judicialmente el precio correspondiente a la compraventa, lo que supone mayor seguridad al concedente de la opción.

Validez del requerimiento realizado en el domicilio electivo.— No puede alegarse que la sociedad concedente tenía su domicilio en lugar distinto pues en el contrato se pactó en domicilio electivo, que es el que ha de regir para los intervinientes en la relación; entenderlo de otro modo podría hacer ilusorio el derecho de opción por las actividades de pesquisa, búsqueda y localización que se impondrían al optante para la procura del domicilio de la parte obligada, o de sus domicilios en caso de cambios sucesivos, o, incluso de ocultación o enmascaramiento (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Los hechos son los siguientes: se pacta un arrendamiento con opción de compra en favor del arrendatario durante el mismo plazo de duración de aquél, estipulándose el abono de una prima de 40.000 pts., siendo quince millones el precio de adquisición del local arrendado. Ofrece interés la doctrina de esta sentencia (Pte. Vllagómez Rodil) por haber profundizado en el carácter que la existencia de una prima por la concesión de la opción, imprime al contrato. En el presente caso, la desproporción entre la cuantía de la prima y el precio del ejercicio de la opción no deja lugar a dudas sobre el carácter de estipulación accesoria que tiene aquélla. No está claro, sin embargo, si tal doctrina puede generalizarse. Correcta asimismo la eficacia concedida al domicilio electivo, que la L.H. admite en el procedimiento judicial sumario, y la doctrina admite en otros casos con amplio criterio. (G.G.C.).

19. Al arrendatario de local de negocio fallecido le suceden en la relación arrendaticia sus herederos. El fallecimiento antes de la partición de la herencia de la viuda usufructuaria cotitular del arrendamiento no comporta una segunda subrogación en favor de los hijos.— Para mantener la tesis de una segunda subrogación, el recurrente parte de que la primera se operó exclusivamente en favor de la viuda, circunstancia sólo cierta por lo que al local de vivienda se refiere mas no en lo que atañe a los locales comerciales tal y como señalan las sentencias de instancia que parten en su razonamiento de la consideración de que, fallecido el esposo, primitivo arrendatario, quien ocupó su posición, «no fue la viuda o un solo heredero, sino la comuni-

dad hereditaria formada por aquélla y los tres hijos» con apoyo en la doctrina jurisprudencial que cita la sentencia de 5 de julio de 1981 de que «al morir la viuda y entrar en posesión el actual ocupante lo hizo en tracto directo sustituyendo al padre en virtud de la adjudicación que le hizo en nuda propiedad y, por consecuencia, su derecho de subrogación proviene de su condición de heredero del padre», doctrina aplicable al caso presente y a cualquier supuesto similar en que, como reitera la sentencia de 6 de noviembre de 1963, la relación arrendaticia con sujeto único —el causante— queda convertida en relación con sujeto múltiple, constituido por la comunidad hereditaria hasta que la partición se realice, sin que al hilo de esta doctrina pueda tampoco prevalecer la tesis de que en la hipótesis de la comunidad hereditaria formada por la esposa e hijos, el fallecimiento de aquélla implica una variación subjetiva que alcanza a la relación arrendaticia, provocando una nueva subrogación, cuya efectividad se reclama a la luz de este nuevo argumento, cuya inviabilidad viene de la mano de aquella citada doctrina jurisprudencial, que sentó la posesión de los actuales ocupantes en tracto directo, sustituyendo a su padre en el derecho primitivo que ostentaban, el cual así transmitido, ha alcanzado nueva dimensión, al fallecer la viuda usufructuaria cotitular, por mera exapansión, del propio contenido originario del derecho que ostentaban sobre el haz hereditario desde que sucedieron a su padre inicial arrendatario. (STS de 18 de marzo de 1993; ha lugar en parte).

HECHOS.— Concertados cuatro arrendamientos, tres de local de negocio y uno de vivienda, fallece el arrendatario y le suceden en las relaciones arrendaticias sus herederos (esposa y tres hijos). La propiedad demanda a la comunidad hereditaria reclamando diferencias de rentas y solicitando al Tribunal de Primera Instancia declare la existencia de una segunda subrogación —que supone un aumento del quince por ciento de la renta vigente— por haber fallecido la esposa del titular inicial de los arrendamientos antes de haber tenido lugar la partición de la herencia. El Juzgado absuelve en la instancia en lo referente a la primera petición y desestima la demanda en lo referente a la segunda. Apela la propiedad y la Audiencia revoca el primero de los pronunciamientos condenando a los herederos al pago de las diferencias de renta correspondientes a diversas revisiones y a una sola subrogación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación al admitir en base a los documentos pertinentes la existencia de dos subrogaciones en el contrato de arrendamiento de vivienda. (R.G.S.).

20. Subarriendo. Arrendamiento de industria: requisitos y régimen aplicable.— El arrendamiento de industria requiere una estructurada organización negocial, concebida como unidad funcional perfectamente definida y como tal aceptada por las partes. Estos arrendamientos quedan excluidos de la L.A.U. de 24 de diciembre de 1964 (arts. 3.1 y 3.3) y se regirán por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral (S.S.T.S. de 19 de marzo de 1969, 28 de junio de 1979 y 20 de septiembre de 1991 —entre otras muchas—).

Ambito del juicio de desahucio. Posibilidad de determinar en el mismo la naturaleza del contrato de arrendamiento.— Cuando existan otros vínculos distintos a los locativos cláusulas ajenas o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas o especiales las relaciones entre las

partes y hagan muy poco posible la apreciación de la finalidad y trascendencia de las mismas, se produce un desbordamiento del cauce procesal de los juicios de desahucio y hacen a éstos inadecuados e impropcedentes para dilucidar las contiendas planteadas por esta vía sumaria. (S.S.T.S. de 13 de abril de 1929, 14 de mayo de 1955, 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 y 12 de marzo de 1985, entre otras).

El dilucidar en el juicio de desahucio sobre si el contrato se trataba de un arriendo de industria o sólo de local de negocio, no supone indefensión ya que se trata de una cuestión íntimamente ligada al proceso de desahucio y con ello no se contradice la doctrina de exclusión del mismo de cuestiones complejas y siempre ajenas al ámbito propio del procedimiento sumario (S.S.T.S. de 5 de octubre de 1920, 20 de mayo de 1946, 17 de octubre de 1951 y 8 de octubre de 1985). (STS de 10 de mayo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— «Industrias Barcelona, S.L.» arrendataria de una industria de cinematógrafo y espectáculos, celebró el 22 de diciembre de 1983, contrato de subarriendo del referido complejo con la entidad mercantil «Kursaal, S.A.», en el que se establecía una plazo de duración del mismo de cuatro años y que la subarrendataria debía cesar en la explotación del negocio y proceder al desalojo de la industria a lo sumo el 14 de enero de 1988. Finalizado el contrato de subarriendo, «Industrias Barcelona, S.L.» interpuso contra la subarrendataria demanda de desahucio. Inmediatamente la subarrendataria (Kursaal, S.A.) promovió contra la actora juicio declarativo de menor cuantía dado la complejidad de las situaciones contractuales, presentes y anteriores que relacionan a las partes litigantes, alegando que el juicio de desahucio planteado por la demandante no era el cauce procesal adecuado para resolver el contrato de subarriendo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó esta sentencia. La entidad actora formuló recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

NOTA.— La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 guarda silencio sobre al arrendamiento de industria. En principio, parece que deben ser incluidas dentro de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 3 de la nueva Ley); no obstante, la solución no es clara por lo que, en todo caso, habrá que esperar a lo que resuelvan en su día los Tribunales de Justicia. (I.D.-L.).

21. Contrato de servicios y alojamientos turísticos.— Según señala el T.S., la regulación aplicable para este tipo de contratos es la contenida en el Código civil para los arrendamientos de cosas y servicios. Para derogar las normas que en el mencionado cuerpo legal se contienen, sería necesaria una ley (art. 2.2 C.c.). Por lo tanto, no será suficiente ni una norma de rango inferior (art. 1.2 del C.c.) como la Orden ministerial alegada de 9 de agosto de 1974; ni mucho menos el uso de costumbres «*contra legem*» como la que menciona la recurrente de entender implícita la anulación de reserva de habitaciones, siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello: aparte de otros usos también citados (como el «*over booking*»), que,

como opuestos a lo convenido entre las partes, son inadmisibles en la teoría general de los contratos civiles (arts. 1.901, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.278 C.c.).

Art. 1.707 párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.— Desde un punto de vista formal, en el escrito de interposición del recurso de casación, además de expresar el motivo o los motivos en que se amparen, deben de citarse las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas (art. 1.707 pf. 1 LEC). El presente caso adolece del defecto de aludirse a artículos del Código civil que se estiman de aplicación indebida, sin citarlos. (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La sociedad RENTA PALMA NOVA S.A. promueve juicio de menor cuantía contra VIAJES MARSANS S.A. reclamándole la cantidad de 4.740.237 pts. como consecuencia del incumplimiento de un contrato denominado de «servicios y alojamientos turísticos», que tenía por objeto el alquiler de 20 apartamentos propiedad de la actora durante los cuatro meses del año 1993 indicados en el contrato.

El juzgado de Primera Instancia condena a la demandada al pago de la cuantía solicitada más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo no apreció el recurso de casación interpuesto por la demandada (V.M.L.).

22. Interpretación de los contratos: prevalencia del criterio de la literalidad si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes.— Siguiendo una reiterada jurisprudencia cuyo exponente puede ser, entre otros, la sentencia de 10-5-1991, las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1.281 a 1.289 ambos inclusive del C.c. constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1.281 de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 2-11-83, 3-5 y 22-6-84, 10-1, 5-2, 2-7 y 18-9-85, 4-3, 9-6 y 15-7-86, 14 y 16-12-87, 20-12-88 y 19-1-90).

La revocación de donaciones se limita, en el ordenamiento español, a los supuestos contemplados por los artículos 644 y 648 del Código civil.— Son inconsistentes los argumentos que en el motivo se vierten sobre la posibilidad en nuestro derecho positivo de admitir la revocación discrecional de la donación sobre todos los bienes donados si así se ha estipulado expresamente, ya que, por la propia normativa que rige la donación, es evidente que, la revocación, exclusivamente, está contemplada en nuestro Código, no de una manera general en cualquier caso, sino sólo en los supuestos del art. 644 por razones de supervivencia o superveniencia de hijos y asimismo por razón de ingratitud, conforme a lo dispuesto en el art. 648; pero de cualquier forma también se impediría ese efecto traslativo de las donaciones, si se pactase expresamente una revocabilidad general sin especificar delimitaciones para el ejercicio de tal posibilidad resolutoria.

Donación con reserva de la facultad de disposición: necesidad de ejercitar la facultad reservada con arreglo al principio de la buena fe contractual.— Por último, tampoco ha de despreciarse la circunstancia que, en un elemental juego de la buena fe contractual, debe existir cuando se ejercitase dicha facultad reservada por parte de la donante, que se debería haber, previamente, puesto en conocimiento de ese ejercicio o sea operatividad a la donataria, para que ésta pudiese actuar en consecuencia, lo que desde luego, no consta en autos así hubiera acontecido, de tal suerte que, la confianza o buena fe en lo pactado por la donataria, resplandece hasta el punto que aguarda, en una excesiva diligencia, a no inscribir los bienes donados, cuando perfectamente podía haberlo hecho en su día. (STS de 22 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— A, dona a B, varias fincas reservándose el usufructo vitalicio de todas ellas. Se reserva igualmente la donante la facultad de disposición, en caso de necesidad discrecionalmente apreciada por ella, sobre cualquiera o varias de las fincas objeto de la donación. La donataria, por su parte, se obliga a prestar a la donante alimentos civiles, jugando esta obligación como condición resolutoria expresa del contrato. En fecha posterior, A vende todas las fincas por un precio irrisorio a sus sobrinos C y D. Interpone B, donataria, demanda contra los compradores solicitando se declare la nulidad (por simulada) de la compraventa así como la validez de la donación. Reconviene C y D postulando la resolución de la donación por haber incumplido la donataria la obligación de prestar alimentos que sobre ella pesaba. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvenición. La Audiencia, por el contrario, declara la validez de la donación y la nulidad de la compraventa. Recurren en casación los compradores. No ha lugar. (R.G.S.).

23. El negocio usurario y el juicio ejecutivo.— Es evidente, como dice el T.S., que dado el estrecho cauce del juicio ejecutivo, a pesar de la abstracta permisibilidad contenida en el art. 1.467-1.º de la LEC en su redacción originaria, vigente en la fecha en la que se inició el proceso (año 1982), no cabría en un juicio ejecutivo debatir un problema como la nulidad de una póliza de crédito por usuraria, teniendo en cuenta la complejidad del contrato en el que se unía la concesión de crédito, el préstamo en sí mismo considerado consecuente a la póliza de crédito y la constitución de un depósito forzoso sobre garantía real (sents. de 16 de septiembre y 26 de mayo de 1988; y 5 y 30 de abril de 1991).

La calificación jurídica del negocio usurario (art. 9 de la Ley de Usura de 1908).— «Es bastante la lectura del precepto cuya infracción se señala (refiriéndose al art. 9 de la LUS), para convencerse que cualquiera que sea la conceptualización de la naturaleza del negocio, desde el punto y hora en que hay una entrega de dinero para su devolución en circunstancias o tiempo determinadas, mediante la percepción de un interés y aunque sea con adiciones complejas de garantías añadidas, está dentro del ámbito de la Ley de Represión de la Usura y con esa libertad de apreciación del Tribunal de Instancia, que no tiene más límites que el de la arbitrariedad, o ir contra la lógica y recaída sobre el absurdo». En este último sentido, como viene manteniendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sents. de 24 de mayo de 1988; y 13 y 27 de mayo de 1991), la calificación de un contrato como usurario versa sobre hechos para cuya apreciación la Ley de Usura (art. 2) da gran libertad a los Tribunales. La posibilidad de impugnar en casación la calificación que como usu-

rario ha realizado el Tribunal de instancia podría basarse tan sólo en la demostración de la existencia de un error en la apreciación de la prueba.

Pone de manifiesto el Tribunal Supremo en esta sentencia que: «la Ley de 23 de julio de 1908, como la también mencionada por la Sala de instancia [art. 10.1.c) 4.º] Ley 26/1984 de 19 de julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios han puesto jalones en el tiempo, —la última no es aplicable por su fecha—, que suponen una cortapisa a esta libertad propia del principio de autonomía de la voluntad contractual que inicialmente proclamaban el artículo 315 del Código de Comercio invocado en el motivo y el artículo 1.255 del Código civil». (STS de 26 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Incoada demanda en juicio declarativo de menor cuantía, se solicita por la actora, en el ejercicio de la acción de nulidad de préstamo derivada de juicio ejecutivo y de la acción de nulidad por préstamo usurario: la nulidad de un préstamo contenido en una póliza de crédito (con la consecuente obligación del prestatario de devolver tan sólo la suma efectivamente recibida, en este caso, 4.570.775 pts. — art. 3 de la LUS—) y la declaración de nulidad del embargo realizado contra una finca que se había constituido en garantía real de esa misma póliza de crédito. Como estaba pendiente ante ese mismo Juzgado el juicio ejecutivo de la póliza de crédito, hallándose en trámite de ejecución de sentencia y subasta de la finca embargada, se solicita también en el segundo «otrosí» de la demanda que, al amparo del art. 13 de la LUS se suspenda dicho juicio ejecutivo hasta que se dicte sentencia definitiva.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnes desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona, estimando sustancialmente el recurso interpuesto por la actora contra el «Banco Zaragozano», declara nula la póliza de crédito contratada entre esta entidad bancaria y los demandantes, debiendo de pagar estos últimos únicamente la cantidad recibida. Y deja sin efecto el juicio ejecutivo realizado contra la finca de los demandantes-recurrentes. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación interpuesto por la representación del «Banco Zaragozano».

NOTA.— El abundante número de sentencias en las que el TS no aplica la Ley de Usura de 1908, como consecuencia en la mayoría de los casos de la jurisprudencia consolidada que sobre el art. 2 de esta Ley ha venido manteniendo nuestro Alto Tribunal, pone de relieve la especial singularidad de esta sentencia, que no sólo la aplica, sino que además lo hace en relación a un contrato bancario.

El TS viene entendiendo de una manera amplia las facultades otorgadas por el art. 2 de la LUS a los Tribunales para la calificación de un préstamo u operación equivalente (art. 9 LUS) como usurario. El éxito del recurso de casación basado en el error en la apreciación de la prueba por parte de los Tribunales inferiores se hace depender de que dicha apreciación resulte claramente disconforme con las resultancias procesales o manifiestamente incorrecta. De ahí que sea fundamental, como en el presente caso, el papel jugado por los Tribunales de Instancia a la hora de calificar un negocio como usurario y, en consecuencia, de dar aplicación efectiva a una ley que trata de frenar los abusos y limitar la autonomía de las partes en el pacto de intereses como es la Ley Azcárate de 1908.

Los préstamos y créditos bancarios realizados a través de condiciones generales de contratación, en las que el cliente no sabe realmente a lo que se obliga (debido en muchos casos a lo complicado de los cálculos matemáticos del tipo de interés, al método utilizado para ello y a las partidas incluidas en cada caso, así como las sobre-garantías exigidas), precisan de un control legal frente a las posibles irregularidades y abusos que se pudieran producir. Una ley como la de Usura de 1908, abierta en sus presupuestos («interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso...» —art. 1 LUS—) y de carácter eminentemente jurisprudencial, no conlleva la eliminación de otras normas de protección más modernas, propias de las condiciones generales de contratación, como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 [art. 10.1.c) 4.º]. El TS en esta particular sentencia de 26 de marzo de 1993 se encarga de poner de relieve la aplicación práctica de ambas leyes como límites a la autonomía contractual, aunque precisa que la segunda no es de aplicación al caso por su fecha. La importancia de estimar aplicable la LGDCU —aunque en el presente caso no tiene valor de «*ratio decidendi*»— es grande si tenemos en cuenta la mayor protección que ofrece un concepto como el de «condiciones abusivas de crédito» contenido en el art. 10.1.c) 4.º de la mencionada ley, frente al «interés notablemente superior al normal del dinero» del art. 1 de la LUS. (V.M.L.).

24. La presunción judicial del artículo 1.253 del Código Civil.— Dicha presunción consiste en deducir de un hecho conocido otro desconocido a través de una operación intelectual que realiza el juez.

Se pueden señalar tres elementos constitutivos:

— Hecho demostrado, también denominado «afirmación base». Es imprescindible que se encuentre acreditado en el proceso haya sido o no objeto de alegación por las partes.

— Hecho que se trata de deducir o «afirmación presumida»: debe encontrarse alegado en el proceso. Tiene valor probatorio e incide así directamente en la Sentencia que se dicte.

— Conexión y congruencia entre ambos hechos: entre la «afirmación base» y la «afirmación presumida» debe existir un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica (STS de 6 de abril de 1911) o sea las del raciocinio lógico (STS de 10 de junio de 1911, 8 de mayo de 1956). Este enlace no exige una deducción unívoca pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los «*facta concludentia*».

Es doctrina reiterada de este Sala que:

— el artículo 1.253 C.C. autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar las pruebas de presunciones, máxime cuando los hechos que se consideran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto por presunciones (SS de 22 de febrero, 16 de marzo, 5 y 24 de mayo, 2 de junio y 2 de noviembre de 1989). Por tanto la presunción judicial que nos ocupa ostenta un claro carácter supletorio.

— la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el art. 1.253 del Código Civil corresponde al Tribunal de instancia, cuyo juicio ha de aca-

tarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia, por ilógica y absurda (STS de 13 de octubre y 1 de diciembre de 1983 y 13 de mayo de 1985).

La ratificación del mandante de actos efectuados por el mandatario sin su autorización.— El Tribunal Supremo señala en numerosas Sentencias, entre otras las SSTs de 13 de julio y 18 de septiembre de 1987, que nos encontramos ante un supuesto de ratificación tácita cuando el mandante se aprovecha de los actos efectuados por el mandatario sin su autorización, lo que ocurre también cuando el representado crea una apariencia de mandato. No obstante, el Juzgador de Instancia, es el que tiene que apreciar y valorar los hechos y ello obliga a que en precisa técnica casacional el criterio del juzgador haya de contradecirse por la norma del número 4 del artículo 1.692 L.E.C., independientemente de que su valoración se efectúe por el número 5 del artículo 1.692 L.E.C. con cita de la norma hermenéutica que se considera infringida (STS de 18 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, solicitando que se declare a la actora titular dominical de una finca, y se condene a la sociedad demandada a otorgar a favor de la actora u otra persona que ésta designase escritura pública de transmisión de dicha finca al considerar que el contrato de opción suscrito por el factor de la sociedad extralimitándose en el poder concedido era eficaz.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granollers desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la Sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación planteado fundamentado en infracción del artículo 1.727.2 C.C. y del artículo 1.253 C.C., utilizando la vía casacional del artículo 1.692.5 de la L.E.C.

NOTA.— Es preciso destacar cómo en la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina mantenida en numerosas Sentencias en las que en aras de la seguridad del tráfico jurídico y protegiendo la buena fe del tercero que contrata basado en una apariencia contractual, considera ratificado tácitamente el mandato efectuado por quien se extralimitó en el poder concedido.

En efecto, el Tribunal Supremo en el caso de estudio sanciona la conducta negligente del tercero que no consultó el Registro para comprobar los límites del poder y ello pese a que éste hubiese podido legítimamente suponer la existencia del mandante. (S.A.R.).

25. El art. 1.902 del Código civil.— La conducta del comprador de una determinada mercancía —según el T.S.— no se agota en la compra del producto, sino que además es necesario procurar que la descarga de la mercancía se lleve a cabo sin riesgo alguno, y menos para la vida de las personas: «una cosa es la maniobra de descarga, a cuenta del transportista y otra es que las condiciones de practicarse lo sean sin riesgo alguno, que debe evitar, poniendo todos los medios necesarios, el titular del local donde el aligeramiento tiene lugar». Y en el caso de autos se creó un riesgo previsible y evitable de mediar debida y elemental diligencia (como es interesar la descarga de un ca-

mión por el hueco de un tejado, con la proximidad de una línea eléctrica de alta tensión), al que asiste el necesario nexo de causalidad (muerte por electrocución del transportista mientras descargaba). En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica la doctrina del riesgo como criterio de atribución de la responsabilidad ex art. 1.902 «máxime si no se adoptan medidas adecuadas de protección y seguridad que garanticen la falta de peligrosidad (Sentencia de 20-1-1992)».

Incongruencia de la sentencia.— No se da situación de incongruencia —indica el T.S.— cuando la estimación parcial de la demanda no rebasa la cifra peticionada, para cuya determinación asiste al juzgador plena amplitud, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

Intereses procesales del art. 921 de la L.E.C.— Aunque los intereses de los arts. 1.108 del C.c. y 921 de la L.E.C. son «propios intereses», su naturaleza y operatividad son distintas, según señala el Tribunal Supremo: los intereses procesales, al ser considerados como «punitivos o sancionadores», nacen «*ope legis*», sin necesidad de petición e incluso de expresa condena (Sentencias de 4-11-1991, 30-12-1991 y 25-2-1992, entre otras): «Ha de puntualizarse —siguiendo al T.S.— que los intereses legales nacen en el presente caso desde la fecha de la sentencia de apelación que, al revocar la absolutoria de instancia, fija la cantidad indemnizatoria, que de esta manera adquiere la condición de líquida, toda vez que no surge de relaciones obligatorias o títulos jurídicos que la podrían engendrar, sino que parte de haberse producido hechos determinantes de la responsabilidad extracontractual, que exigen la previa declaración judicial de su concurrencia para generar las consecuencias indemnizatorias reparadoras» (STS de 18 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Se promueve juicio de menor cuantía sobre culpa extracontractual causante de la muerte de un transportista por electrocución (debida a cables de alta tensión pertenecientes a U.E.FENOSA S.A.) mientras descarga un camión (trabajando para la sociedad UVE S.A.), por el hueco habitado para ello, que estaba situado en el tejado de la nave industrial (perteneciente a Don F.H.A.).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la viuda del transportista contra FENOSA S.A., UVE S.A. y Don. F.H.A., en la que se solicitaba 7.000.000 pts. «o la que resulte como consecuencia de la prueba, con los intereses legales desde la presente interpelación judicial». La Audiencia Provincial de Segovia en apelación, condena a Don F.H.A. a que pague a la actora la cantidad de 3.500.000 pts. más los intereses legales devengados desde su emplazamiento. Instado recurso de casación por Don F.H.A., el T.S. casa en parte la sentencia en el sentido de que los intereses legales de la cuantía a indemnizar (3.500.000 pts.) se devengarán a partir de la sentencia de apelación y no antes. (V.M.L.).

26. Culpa extracontractual del profesional médico: Doctrina General.— Es doctrina reiterada de esta Sala recogida, entre otras, en SS de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991, que la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual,

no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la relación de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio, o más generalmente de una acción culposa, y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer el acto tachado de culpable o negligente, o la omisión de los cuidados indicados, y el resultado dañoso previsible y evitable (casos de las SS de 7 de febrero de 1973, 28 de diciembre de 1979, 28 de diciembre de 1983 y 12 de febrero de 1990); y cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria (así en SS de 26 de mayo de 1985, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988 y 7 de febrero de 1990).

Reglas de actuación médica: «Lex artis ad hoc».— El principio de la llamada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio rector de toda esta materia, aparece recogido en las SS de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 11 de marzo de 1991, al declarar que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollan y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, añadiendo la última resolución que se entiende por aquella aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto conforme o no, a la técnica normal requerida.

Responsabilidad del cirujano.— No puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad; en el presente caso el médico cirujano procedió a la extirpación de un quiste sacro-oxígeo, siguiendo una técnica quirúrgicamente correcta, cerrando parcialmente la herida y quedando una vía de drenaje que disminuya el riesgo de procesos infecciosos graves en el postoperatorio, si bien pueden resultar necesarias reintervenciones para eliminar tejidos desvitalizados, como ocurrió en este supuesto; en el presente caso la causa de los daños sufridos por el paciente es la falta de motorización del mismo, que hubiera permitido el control de la actividad eléctrica del corazón, y advertir a tiempo la parada cardíaca para aplicar los medios de reactivación; en consecuencia, el médico cirujano observó las reglas de la *lex artis ad hoc* y no puede imputársele el daño producido por la inobservancia de reglas técnicas ajenas a la especialidad por él practicada.

Responsabilidad del médico anestesista: Error de hecho: Carga de la prueba: La llamada «hoja de anestesista» no son papeles privados.— El documento ya tenido en cuenta por la Sala sentenciadora, no puede servir de base para demostrar el error de hecho; el art. 1.214 C.c. sólo puede ser invo-

cado en los casos de ausencia de prueba de un hecho concreto, pero no cuando la Sala de instancia considera probado en su sentencia el hecho en cuestión, pues entonces resulta indiferente e inoperante la regla distributiva de la carga de la prueba; no puede invocarse el art. 1.228 C.c. para valorar la llamada «hoja de anestesista», pues la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que «los asientos, registros y papeles privados» son los formados por uno solo de los interesados y conservados siempre por él ya que la citada hoja forma parte de la historia clínica del paciente y es una exigencia del Código de Deontología Médica y de la legislación administrativa vigente que impone a los hospitales, tanto públicos como privados, un libro-registro de ingresos y altas en el que deberá consignarse el número de la historia clínica del paciente, hasta el alta médica, e igualmente la hoja de la anestesia.

Negligencia del médico anestesista.— La intervención se realizó sin monitor para el control de la actividad eléctrica del corazón del paciente, lo que impidió a los médicos intervinientes advertir la parada cardíaca en el momento de producirse, siendo correcta la deducción de una conducta negligente en aquél, ya que entre sus deberes profesionales se incluye el de mantener las condiciones vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se haya producido una situación crítica; también se declara probado que el retraso en el empleo del desfibrilador implica una conducta negligente, pues si se actúa dentro de los primeros sesenta segundos de detectarse fibrilación ventricular y se procede a la desfibrilación eléctrica, los riesgos de secuelas son mínimos, sin que el retraso pueda justificarse por la situación alejada del quirófano respecto del lugar en donde se encontraba el desfibrilador, ya que el anestesista ha de tener a su disposición, en tiempo óptimo, todos los medios que, según las circunstancias de tiempo y lugar, permitan cumplir sus deberes profesionales; es evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos, que pueden ser evitados aplicando las técnicas adecuadas, e igualmente, la maniobra de colocar al paciente en la posición de decúbito supino desde la de decúbito prono en la que se le mantuvo durante la intervención quirúrgica, entraña riesgos que exigen la actuación directa del anestesiólogo, que, en el caso, pudo advertir la parada cardíaca inmediatamente y adoptar las medidas necesarias en tiempo útil para evitar las consecuencias que se derivarían de la anoxia cerebral causada por aquélla, lo que no ocurrió en este caso.

Patria potestad prorrogada.— Los padres no necesitan autorización judicial para el ejercicio de las acciones que corresponden a sus hijos bajo su potestad.

Responsabilidad de la clínica en donde se realiza la intervención.— Reconocido en el fundamento 6.^o de la sentencia recurrida que la clínica demandada no tiene ninguna obligación, ni *in eligendo* ni *in vigilando* respecto de los médicos que utilizan su establecimiento para atender a sus clientes, no manteniendo con ellos ningún tipo de relación laboral ni contractual, es evidente la inaplicación al caso del art. 1.903 C.c.; concertada la utilización de sus instalaciones por el cirujano y siendo de cargo del Igualatorio con el que el paciente tenía concertada una póliza de seguro por el precio por la utilización de las instalaciones, la obligación de la Clínica queda circunscrita a suministrar los medios técnicos e instrumentos para llevar a cabo la intervención así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de los profesionales intervinientes en el acto médi-

co, por lo cual su responsabilidad sólo podría provenir de acto propio; en el presente caso la responsabilidad de la Clínica se fundamenta en la existencia de un único desfibrilador en la Sala de Reanimación, que no estaba en el momento de la detección de la parada cardíaca en el quirófano; sin embargo, no consta que el retraso en la aplicación de aquel aparato sea debido a la conducta del personal de la Clínica, por lo que no se puede afirmar la existencia de una acción u omisión culpable imputable a ella que genere su responsabilidad por los daños sufridos por el hijo de los actores, no siendo obligación de la Clínica la de que el repetido aparato se encuentre en el quirófano, lo que, de ser así, comportaría la obligación de poseer varios desfibriladores dada la existencia de varios quirófanos en la Clínica susceptibles de ser utilizados simultáneamente; por lo cual ha de estimarse infracción del art. 1.902 C.c. procediendo la absolución de la referida Clínica. (STS de 23 de marzo de 1993; ha lugar en parte).

NOTA.— A consecuencia de una operación —banal en apariencia— de extirpación de un quiste, que precisó de dos intervenciones, el hijo de los actores sufrió una parada cardíaca, que debido al retraso en advertirla por falta de monitorización y utilización del desfibrilador, produjo un cuadro cerebral anóxico que da lugar a una demencia orgánica; la facultad de ideación se encuentra profundamente alterada, siendo incapaz de expresar sus deseos, emitiendo constantemente quejas ininteligibles, padeciendo crisis de inquietud y agitación psicomotriz, siendo su capacidad intelectual prácticamente nula y precisando para todas las maniobras de aseo y comida la ayuda de una persona; el paciente se encuentra bajo la patria potestad prorrogada de sus padres.

El proceso ha sufrido alternativas diversas y, entre ellas, no la menos sorprendente es la ocurrida en casación. En efecto, en primera instancia se declara la responsabilidad solidaria del médico cirujano y del médico anestesista, así como del Igualatorio con quien se había concertado la asistencia médica y también de la Clínica en que la intervención tuvo lugar, condenándose al pago de una indemnización de cincuenta millones de pts. En apelación la indemnización se duplica, se absuelve al Igualatorio, y se confirman las restantes condenas. En casación, se mantiene únicamente la condena del anestesista, absolviéndose al cirujano y a la Clínica en virtud de la doctrina extractada.

La primera consideración es que la elevada condena a cien millones de pts. será difícilmente eficaz al proyectarse exclusivamente sobre una persona física (se ignora si estaba asegurada). A primera vista parece que el contrato con el Igualatorio Médico no se ha cumplido satisfactoriamente, pero al ser consentida su absolución en apelación, el T.S. no puede entrar en el tema.

La responsabilidad civil del personal sanitario ha merecido profusamente la atención de la doctrina (últimamente DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, p. 203 y ss.) empezando a ser abundante la jurisprudencia de la Sala 1.^a, que ha elaborado una jurisprudencia con perfiles bastante netos, aunque no exentos de crítica. En el presente caso se hace una minuciosa descripción de las obligaciones profesionales del cirujano y del anestesista,

para concluir que la obligación de tener monitorizado al paciente no incumbe al primero, sino al segundo; la deducción lógica parece irrefutable, pero ¿no habría que distinguir entre omisiones graves y leves del segundo a efectos de exculpar al primero? ¿no es médico el cirujano con conocimientos generales que le obligan a advertir que no monitorizar al enfermo es sumamente peligroso si ocurre un paro cardíaco durante la intervención o en el postoperatorio? La especialización conduce inexorablemente a deslindar parcelas de la actividad profesional, pero ¿es que en una intervención jurídica nadie se responsabiliza de hacer un examen general? En mi opinión, la absolución del cirujano parece cuestionable.

Algo parecido cabe decir de la absolución de la Clínica que cedió sus instalaciones para realizar la intervención. El razonamiento del TS desconcierta al lector y eventual paciente: ¿puede considerarse correcto que con un único aparato de desfibrilación eléctrica se concierne la realización de diversas intervenciones quirúrgicas simultáneas? ¿habrá que pensar que en tales casos, los pacientes simultáneamente intervenidos, entran en una especie de «ruleta rusa» si en más de uno se produce una fibrilación ventricular que exige la actuación inmediata del desfibrilador? La cesión de instalaciones no puede tratarse como una actividad puramente mercantil cuando está en juego el derecho constitucional a la salud. (G.G.C.).

27. Responsabilidad por inmisiones industriales. Carácter objetivo. Cumplimiento de los reglamentos administrativos.— El n.º 2 del art. 1.908 CC, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por las fábricas de las entidades recurrentes hayan respetado los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

Daños continuados. Cómputo del plazo de prescripción.— Es consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia («*dies a quo*») hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se vinieron produciendo sucesiva e ininterrumpidamente durante los años agrícolas de 1980, 1981 y 1982, por lo que hasta la finalización del último de ellos no puede iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo de un año.

Cuantificación de los daños en ejecución de sentencia.— En el caso concreto que nos ocupa, los actores ya fijaron un límite máximo (5.034.615,46 pesetas) a la indemnización que pedían (como pedimento principal de la demanda), por lo que, si bien es procesalmente correcta, ante la falta de pruebas al respecto en el proceso, la relegación para la fase de ejecución de sentencia

de la cuantificación de los daños (art. 360 LEC), como hace la sentencia recurrida, ello debió hacerse con la concreción de que en ningún caso podría dicha cuantificación exceder de la cantidad de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta céntimos, que los propios actores habían ya señalado como pedimento principal de su demanda, en cuyo único sentido procede estimar el presente motivo (STS de 24 de mayo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Don José A. P. y diecisiete personas más promovieron contra dos entidades mercantiles una demanda en la que, ejercitando acción de responsabilidad extracontractual, basada en los daños sufridos por las respectivas fincas de su propiedad, durante los años agrícolas de 1980, 1981 y 1982, como consecuencia de las emanaciones de flúor y otros gases tóxicos, procedentes de la factoría de aluminio de las entidades demandadas, postularon que se las condenase a indemnizarles en la cantidad de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta céntimos y subsidiariamente a indemnizarles en la cantidad que se estime acreditada en autos al dictarse sentencia.

El Juez de Primera Instancia condenó a las demandadas a que indemnizasen a los actores en la cuantía a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por las demandadas, ya que la condena no podía exceder del límite de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta y seis céntimos.

NOTA.— En esta sentencia, el Tribunal Supremo acoge la misma doctrina que la que aparece en la de 15 de marzo de 1993 que comento en ADC (CABANILLAS «La responsabilidad por inmisiones industriales», 1993, pp. 1957-1994), lo cual es lógico al ser el ponente de ambas sentencias este mismo Magistrado (Éxcmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

Se sigue la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre el carácter objetivo de la responsabilidad por inmisiones industriales, de acuerdo con el art. 1.908-2.º CC, que hace depender la responsabilidad de la existencia de «humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», y que en el supuesto de daños continuados, como los que normalmente derivan de las inmisiones industriales, el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria no se inicia hasta la producción del definitivo resultado (sobre ambos aspectos, el citado comentario).

También sigue nuestro Tribunal Supremo, con acertado criterio, la constante doctrina jurisprudencial que afirma que el cumplimiento de los reglamentos administrativos no altera la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos.

Hay que subrayar la independencia respectiva de la responsabilidad civil y de las licencias, de conformidad con la propia normativa administrativa. La licencia se entiende otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de tal manera que no podrá ser invocada para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en que

hubiesen incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades (art. 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) (CABANILLAS, «La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo I*, Barcelona, 1992, pp. 205-207).

Muy interesante es la reflexión que hace el Tribunal Supremo en torno a la cuantificación de los daños en ejecución de sentencia. Al tratarse de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, lo usual es que sigan produciéndose durante el proceso judicial dirigido al resarcimiento de los daños ocasionados por las inmisiones nocivas. Debido a la larga duración que suelen tener este tipo de procesos judiciales, es aconsejable que los demandantes soliciten una indemnización cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia. Como declara el Tribunal Supremo, en la sentencia esto es perfectamente admisible: en los supuestos en que aparece probada la certeza y realidad de los daños, puede dejarse la cuantificación de los mismos para la fase de ejecución de sentencia, lo cual es permitido por la LEC (art. 360).

El problema radica en que los demandantes fijaron como pedimento principal de su demanda una determinada suma en concepto de indemnización (5.034.614,46 pesetas), por lo que parece coherente la conclusión a que llega el Tribunal Supremo de que en ningún caso podría la cuantificación en ejecución de sentencia exceder de dicha cantidad. El problema se evita, lógicamente, si los demandantes se limitan a pedir la indemnización que se determine en ejecución de sentencia, sin ningún tipo de límite. (A.C.S.).

28. Responsabilidad extracontractual. Culpabilidad de los demandados.— La sentencia basa el fundamento de la Responsabilidad Civil de los socorristas y el Ayuntamiento en la concurrencia de un ilícito civil, y la clara negligencia habida; si bien, al apreciarla se ha invertido la carga de la prueba: «En el caso presente ni los socorristas, ni el propio Ayuntamiento han demostrado falta de culpa, más bien lo contrario, pues no se apercibieron de que el menor se iba al fondo de la piscina, cuya agua se encontraba sucia, lo que ya de por sí, denota una negligencia por parte del Ayuntamiento». La Sala igualmente hace referencia a que si bien los socorristas han sido absueltos en vía penal ello no empece la existencia de la culpabilidad determinante de la constitución de un ilícito civil.

La responsabilidad imputada al Ayuntamiento proviene de la relación de dependencia de los partícipes materiales en el hecho ilícito.

Compensación de culpas o de concausas.— Respecto a la posible concurrencia y compensación de culpas entiende el Tribunal Supremo que del «*factum*» inamovible de la sentencia recurrida no se desprende que la circunstancia de que la víctima se hubiera bañado en período de digestión pudiera haber influido en el resultado letal producido. (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El 5 de julio de 1985 se produjo el fallecimiento del menor Mateu López en la piscina municipal de Manises a consecuencia de un ahogamiento por inmersión a resultas del cual se hincharon los pulmones del menor. En el momento de los hechos el agua de la piscina estaba turbia y estaban presentes dos socorristas, quienes no se percataron de los hechos.

Los padres del menor demandaron al Ayuntamiento de Manises y a los dos socorristas, resultando todos ellos condenados por Sentencia de 22 de abril de 1988 en Primera Instancia a indemnizar a los actores de forma solidaria la suma de cuatro millones de pesetas.

Apelada la decisión por el Ayuntamiento, en base al rehusé de la exigencia de la reclamación previa en vía gubernativa, no procedencia de inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad compartida o concurrencia de culpas, desestimándose el recurso por la Audiencia.

Recurrido el fallo en Casación, el Tribunal Supremo entendió no haber lugar al mismo.

NOTA.— La sentencia se pronuncia sobre la relación de causalidad que es una cuestión de hecho, a tomar por el Juez, entendiéndose que sí hay nexo causal. La doctrina más avanzada afirma que la cuestión de derecho consiste en una vez decidido el nexo causal, decidir sobre la imputación objetiva de la responsabilidad, la cual afecta evidentemente al Ayuntamiento una vez probada la situación de dependencia respecto al mismo de los socorristas. En referencia a la compensación de culpas que no explica debidamente la sentencia hay que hacer referencia a la STS de 1 de febrero de 1989: «No se trata de compensar culpas con culpas, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimatoria de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal, deducir por vía de compensación la disminución del *quantum* en la indemnización. Luego se trata de un supuesto de concurrencia de concausas cuya observación debe quedar al criterio del Juez». (*J.M.T.P.*)

4. DERECHOS REALES

29. Propiedad horizontal. Unanimidad para cualquier alteración o disposición de los elementos comunes que implique un cambio de utilización y disfrute de los mismos.— Los locales comerciales tienen por finalidad la atracción del público, la captación de clientela, de manera que el cerramiento del frontal de la zona común que da a la calle impide la libre comunicación, aunque estén las puertas abiertas, pues no será fácil para los transeúntes comprobar si los locales están abiertos al público o son simples dependencias para uso de los integrantes de la comunidad, por lo que, como cualquier otra alteración en la configuración o estado inicial de la cosa común, al afectar al título constitutivo, debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo (arts. 7 y 11 de la L.P.H.), que no es otro que el de unanimidad del acuerdo (art. 16, norma 1.^a L.P.H.), criterio recogido en las sentencias de la Sala 1.^a del T. S. de 3 y 23 de diciembre de 1982, 15 de febrero y 4 de noviembre de 1988, conforme al cual cualquier alteración o disposición de las cosas comunes que implique un cambio de utilización y disfrute de las mismas o de sus elementos se rige por el sistema de unanimidad.

Acuerdos sobre nuevas instalaciones: necesidad del consentimiento expreso del propietario cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados.— El apartado último del art. 10 L.P.H. exige imperativamente el consentimiento expreso del propietario de alguna parte del edificio cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados por la innovación u obra de que se trate, inexcusable requisito que aquí no aparece cumplido (S.T.S. de 23 de marzo de 1991), ya que las obras afectan a las vistas (activas y pasivas) de los locales de negocio y los propietarios de éstos no dieron su consentimiento expreso a dichas obras.

Litispendencia: justificación.— Sólo cabe proponerla, conforme al art. 533 de L.E.C. y la doctrina de la Sala 1.^a del T. S., cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión, y en los mismos términos que la planteada en el pleito en que aquélla se aduce, de modo que la sentencia de uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro (S.S.T.S. de 17 de febrero 1950 y 10 de octubre de 1954). (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Junta de la Comunidad de Propietarios «T» acordó, por mayoría de los asistentes, cerrar la zona común existente delante de la fachada que daba a la calle, para separarla de la acera de la misma mediante una valla de murete y pilares de ladrillos visto y enrejado de hierro forjado. Dos entidades mercantiles propietarias de diversos locales comerciales del edificio; así como, el titular del piso 1.^o-B, presentaron demanda en la que solicitaron: 1.^o) la nulidad del acuerdo y, 2.^o) la demolición de la obra a cargo de la Comunidad, de tal manera que el terreno quedase en la situación anterior a la realización de la referida obra.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios. (I.D.-L.).

30. Propiedad horizontal. Legitimación para atender los elementos comunes: La Comunidad y cualquier copropietario.— Tanto la Comunidad, como cualquier copropietario, están legitimados para defender cuanto afecte a los elementos comunes necesarios para un adecuado uso y disfrute, de manera que no sólo el art. 396 del C.c., sino también la L.P.H., les atribuye interés para solicitar la supresión de una servidumbre que les afecta individual y colectivamente al recaer sobre suelo de todos. Pudiendo añadirse que la L.O.P.J. impone a los Jueces y Tribunales la protección de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, reconociéndose legitimación no sólo a las corporaciones y asociaciones, sino también a los grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa, supuesto en el que, indudablemente, encaja la Comunidad de Propietarios. (STS de 3 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de Propietarios de un Edificio formuló demanda contra los titulares de una servidumbre de paso sobre la rampa de acceso a los sótanos del mismo por la que han de circular los vehículos, en la que solicitaba: 1.^o) La declaración de inexisten-

cia de la servidumbre de paso que gravaba el Edificio. 2.^o) La nulidad del título constitutivo de la misma. 3.^o) La cancelación de dicha carga en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado estimó plenamente la demanda. La Audiencia confirmó el fallo de Primera Instancia. Uno de los titulares de la servidumbre recurrió en casación, pero su recurso no prosperó. (I.D.-L.).

5. DERECHO DE FAMILIA

31. Filiación no matrimonial: Prueba: «*Exceptio plurium*» no probada.— La previa constatación de elementos probatorios en su relieve indiciario resulta no sólo por la propia confesión del demandado de que mantuvo relaciones sexuales con la actora, si bien en época anterior a la concepción, sino por su cualidad de antigua doméstica del mismo y la constatada verdad de que posteriormente fueron frecuentes los viajes y contactos entre los interesados, dentro y fuera de España; por otra parte, alegada la *exceptio plurium concubentium*, no ha quedado demostrada la existencia de esa convivencia sexual con otras personas, de la que había de derivarse la paternidad imputada.

Valoración de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas.— La falta de justificación de la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas ha de valorarse en el caso de que una acción de paternidad ha superado en el trámite de admisión el previo control a que se refiere el art. 127-2.^o C.c., y cuando existe una lógica plataforma de circunstancias que pueden abonar en términos razonables la existencia de dicha paternidad; parece que una elemental defensa del destinatario de la acción debería haber propiciado su sometimiento a aquéllas, pues con su resultado indiscutible se hubiera demostrado, en su caso, la inconsistencia de la paternidad controvertida (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— No resulta muy clara la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica pues, al parecer, en primera instancia no llegó a practicarse por causas no imputables a ninguna de las partes, siendo acordada para mejor proveer por la Sala que entendía de la apelación, la que tampoco pudo celebrarse, pues señalada fecha para su práctica en el Instituto Nacional de Toxicología, en lugar distinto de su residencia, el demandado no compareció, si bien consta que fue citado con sólo cuatro días de antelación, y no personalmente, sino por cédula entregada a su esposa, la cual manifestó textualmente «que su marido va a estar ausente de esta localidad» hasta fechas posteriores. En el RD 2.^o se reitera la conocida doctrina de que «la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas, aunque no entraña una *ficta confessio* sí puede ser tenida en cuenta como un indicio muy valioso, con fuerte valor presuntivo, que conjugado con otros elementos probatorios obrantes en autos, permite llegar a declarar la pretendida paternidad», y que para ello «se requiere que la negativa sea seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas». Por todo ello no parece que aquella

circunstancia haya de considerarse determinante del fallo desestimatorio, si bien el motivo 3.^o se basaba en no tener obligación de someterse a las pruebas, por lo cual la sentencia alude al «pie forzado que establece el motivo». (G.G.G.).

32. Capitulaciones matrimoniales postnupcias: Simulación absoluta alegada por la esposa: Prueba: Inexistencia: Causa en sentido objetivo y subjetivo.— La adopción del régimen de separación de bienes en lugar del de gananciales tuvo causa, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, pues ambos cónyuges trataron de salvaguardar el patrimonio inmobiliario, separándolo de la titularidad de las acciones de sociedades afectadas por una inestabilidad económica y financiera, a causa de la crisis turística padecida a la sazón por la región canaria, para evitar los posibles riesgos en los intereses de uno, por la conducta más o menos negligente, acaso de riesgo, por parte del otro.

Irrelevancia de los actos posteriores de los cónyuges.— La actuación de la esposa con posterioridad al cambio de capitulaciones, utilizando un poder otorgado por el marido para vender determinados inmuebles como pertenecientes a la sociedad de gananciales, y otros actos de disposición y administración efectuados sobre bienes privativos, sólo pueden calificarse de irregularidades susceptibles de impugnarse por los terceros perjudicados, pero que en nada afectan a la validez y existencia de las capitulaciones. (STS de 28 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Unos cónyuges de origen alemán —aunque no se aclara su actual nacionalidad, siendo un indicio de que sea española por la referencia al régimen legal español— pactan la separación de bienes en escritura otorgada en 1980, y algunos años más tarde la esposa solicita la declaración de nulidad por simulación absoluta de aquel pacto. La demanda es estimada en ambas instancias, pero el recurso interpuesto por el marido prospera en casación (Pte. Martínez-Calcestrada y Gómez). No hay suficientes datos de hecho para inferir los motivos por los cuales uno de los cónyuges acusa a la modificación capitular de simulación absoluta. Lo que sí cabe decir es que la causa que la sentencia extractada declarada existente bordea la ilicitud (¿qué hubiera ocurrido si la acción se interpone por los acreedores del marido?), y que los actos posteriores más bien confirman la solicitada inexistencia por simulación absoluta (la mujer actúa sobre inmuebles gananciales, cuya titularidad se le había atribuido en las nuevas capitulaciones, ejercitando un poder otorgado por el marido antes del cambio; lo mismo se diga sobre los bienes privativos). (G.G.C.).

33. Tercería de dominio.— De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (sents. 21-11-1987, 8-2-1991 y 24-7-1992), el objetivo prioritario de los procesos de tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo para excluirlo del juicio ejecutivo en que se produjo aquélla. De esta manera el actor-tercerista debe probar inexcusablemente para el éxito de la pretensión que ejercita ante los Tribunales, que le asiste la necesaria condición de ser propietario de lo que pretende liberar de la traba, por haberlo adquirido conforme a ley.

Aplicación del art. 1.322 del Código civil.— El art. 1.413 del Código civil (actual art. 1.322) sanciona con anulabilidad los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el esposo sin la concurrencia de la esposa o la subsidiaria autorización judicial (que no se ha producido en el supuesto de autos). «Debiendo entenderse como efectiva intervención de la mujer cuando participa directamente en el contrato y documento que lo refleja o por medio de otro instrumento jurídico suficiente y acreditativo de su ratificación posterior». Cuando esto no sucede, la esposa puede potestativamente peticionar la ineficacia del negocio.

Plazo de la acción de anulabilidad del contrato por ausencia del consentimiento de otro cónyuge.— El acto fiscal de liquidación de derechos impositivos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que gravó el contrato de compraventa, realizado en documento privado, no ha de ser tenido en cuenta, a efectos del plazo de prescripción de cuatro años del art. 1.301 del C.c.. Toda vez que, conforme al art. 1.227 del Código civil, la incorporación de un documento privado a un registro público sólo lo hace cierto frente a terceros respecto a la fecha de tal incorporación, pero en nada trasciende a la validez del contrato y menos con efectos convalidadores y de legitimidad legalizadora, en base sólo a la certeza temporal del documento, cuando la impugnación afecta a la propia esencia del contrato. (STS de 1 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Promovido juicio de tercería de dominio por la entidad NETASA para alzar el embargo sobre una finca, que pertenecía como bien ganancial al demandando-ejecutado D.D.V.F., la esposa de éste y parte demandada en el mismo proceso, personándose y contestando a la demanda, formula reconvencción solicitando se declare nulo el contrato privado de fecha 1 de febrero de 1975, por el que su esposo vendía a la mencionada entidad la finca objeto de embargo, que era propiedad ganancial, puesto que ella no había conocido ni consentido tal venta.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de tercería interpuesta por NETASA y estimando la demanda reconvenccional ejercitada por D.^a V.C.M., declarando la nulidad del contrato de compraventa que se solicitaba. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, salvo en lo que afectaba al pronunciamiento de las costas. El T.S. no apreció el recurso de casación. (V.M.L.).

II. DERECHO MERCANTIL

34. Factor mercantil, personal de alta dirección. Delimitación.— Copiosísima Jurisprudencia de la Sala de lo Social del T.S. entre las que cabe citar la de 24-enero-90 delimita el concepto de personal de alta dirección en la concurrencia de tres requisitos:

a) Que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica, fundamentalmente la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta respecto a terceros.

b) Que esos poderes afecten a los «objetivos generales de la Compañía», no pudiendo ser calificados como tales los que afecten a sectores parciales de la actividad de ésta.

c) Que el ejercicio de esos poderes «se efectúe con autonomía y plena responsabilidad» con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostenta la titularidad de la empresa.

Asimismo el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en Sentencia de 26 de marzo de 1993 señala como elementos identificadores de la existencia de factor mercantil:

a) la concesión de participación en los beneficios,

b) al contratar éste por cuenta del empresario, la otra parte contratante puede dirigir su acción contra el factor o contra el principal.

Conflictos de competencia entre el orden civil y social.— Consagrada la unidad jurisdiccional, actualmente es dable distinguir entre la jurisdicción ordinaria común (civil) y otra ordinaria especializada (laboral, contencioso-administrativa...), teniendo la jurisdicción ordinaria común a título de jurisdicción residual una *vis atractiva* frente a las especializadas (STS de 20 y 25 de octubre de 1989 y 29 de marzo de 1991). En caso de duda, se deberá tener en cuenta lo que haya sido objeto del proceso para determinar la jurisdicción (STS de 16 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Por parte del actor se formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se le entregase una cantidad adeudada y asimismo otra en concepto de indemnización basándose en su actuación como factor mercantil. El demandado se opuso a la demanda excepcionando incompetencia de jurisdicción pues consideraba aplicable la social y para el caso que no prosperase dicha pretensión solicitó que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda fijando cantidades inferiores a las solicitadas por el actor. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó en parte el del demandante, mas desestimó el interpuesto por el demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró que no había lugar al mismo. (S.A.R.).

35. Suspensión de pagos. Procedimiento: naturaleza y objetivo.— El procedimiento de suspensión de pagos no reviste naturaleza de proceso contencioso, sino más bien preliminar, adecuado para la tramitación de situación de deudas plurales a fin de evitar situaciones de quiebra, teniendo como objetivo primordial el convenio de deudor con sus acreedores, bajo la tutela judicial, en cuanto controla el acuerdo concursal que ha de vincular en sus propios términos a los que lo votaron.

Fin principal y efectos de la suspensión de pagos.— El fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y «*par conductio creditorum*», es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición (S.T.S. de 24 de junio de 1991).

Desde el momento en que se declara la suspensión de pagos, surge una situación especial en cuanto afecta a los créditos pendientes, que al integrarse en la colectividad de la masa, pierden su singularidad y características propias y les afectan los avatares y concurrencias circunstanciales del procedimiento, con la necesaria y acatable subordinación al interés común, conforme a los principios que inspiran a la Ley de 26 de julio de 1922 (S.S.T.S. de 1 de marzo de 1929 y 10 de diciembre de 1941).

Doctrina de los actos propios: Requisitos.— Sólo reúnen tal condición y por ello no se puede accionar contra los mismos, aquellas actuaciones que por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor de manera expresa, clara, contundente y decisiva (S.S.T.S. de 5 de octubre de 1987, 15 de junio de 1989, 27 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991 y 4 de junio de 1992, entre otras).

El enriquecimiento injusto: Concepto. Presupuestos. El problema de la subsidiariedad.— El enriquecimiento injusto, entendido como desplazamiento patrimonial que implica una ventaja dineraria, para que prospere ha de ser injustificado, careciendo, por tanto, de causa lícita y justa que lo ampare. Su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma subsidiaria, pues, puede concurrir con otras acciones confluyentes, pero, en todo caso, se excluye cuando entre las partes media relación negocial de la que proviene el beneficio económico o el derecho a su percepción para la otra ya que en estos casos la utilidad dineraria deviene de causa contractual.

Deudas de dinero. Actualización: teoría valoralista, especial aplicación a las deudas indemnizatorias.— El problema de la actualización de las deudas de dinero se ha afrontado superando la tradicional consideración de obligaciones de suma, para aceptar la teoría valoralista, pero con referencia preferencial a las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios (S.S.T.S. de 31 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1992, entre otras).

Intereses moratorios: Concurrencia.— Sólo se presentan cuando la liquidez es anterior a la resolución judicial decisoria y no cuando procede de ésta. En consecuencia, su improcedencia resulta más decisiva al haberse reducido en el fallo la suma solicitada en la demanda, por lo tanto éste no se adecuó a la cantidad que la parte actora fijó como líquida «*ab initio*» (S.S.T.S. de 5 de febrero de 1991, 6 de junio de 1991 y 29 de febrero de 1992).

Cuenta corriente: caracteres y posibilidad de compensación.— La cuenta corriente se caracteriza (S.T.S. de 11 de marzo de 1992) por ser un contrato mediante el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan concederse temporalmente créditos recíprocos, en el sentido de obligarse a ir sentando en cuentas sus remesas mutuas, como cargos y abonos. Su exigibilidad viene determinada por el saldo resultante, a modo de cierre, que se practique en la fecha convenida.

Se admite la posibilidad de compensación en los supuestos de cuenta corriente (S.S.T.S. de 21 de marzo de 1932 y 10 de diciembre de 1941). (STS de 20 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Comisión de Acreedores de la Suspensión de Pagos de «Transportes Bolós, S.A.», que actuaba en representación de esta entidad mercantil, demandó a «FOC S.A.» reclamándole

453.284.424.- pesetas al entender que por haber votado esta última a favor del convenio aprobado judicialmente en el procedimiento de suspensión de pagos de «Transportes Bolós, S.A.», quedaba vinculada al pago de la cantidad reclamada, pues vino a reconocer tal adeudo. «FOC S.A.» se opuso a la demanda y formuló reconvención en la que pedía la resolución de varios contratos de obra, que había concertado con «Transportes Bolós, S.A.», por incumplimiento grave de los mismos y, por otro lado, que esta última entidad mercantil le pagase 319.196.650.- pesetas por pagos efectuados por «FOC S.A.» a su favor.

El Juzgado estimó en parte la demanda y la reconvención. Tanto la actora como la demandada recurrieron la sentencia y la Audiencia, estimando en parte ambos recursos, condenó a «FOC S.A.» a abonar a la actora la cantidad de 155.035.027.- pesetas y a «Transportes Bolós, S.A.» a satisfacer a la reconviniendo la cantidad de 179.203.769.- pesetas más 30.730.204.- pesetas por pagos efectuados por «FOC S.A.» a los trabajadores de «Transportes Bolós, S.A.»; sumas todas ellas que deberían ser incluidas respectivamente, en la relación del activo y pasivo de la suspensión de pagos y la última indicada como crédito preferente. El T.S. no acogió los recursos de ambas entidades. (I.D.-L.).

III. DERECHO PROCESAL

36. Apreciación de oficio de la cosa juzgada material.— Los pronunciamientos que hubieran alcanzado, al tiempo de dictarse la resolución recurrida, fuerza de cosa juzgada material, debieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, pues como dice la sentencia de 6 de diciembre de 1982: «la cosa juzgada material, cuando es notoria su existencia y en cuanto afecta al inmediato fin del proceso así como a la seguridad jurídica y al prestigio de los órganos estatales, los jurisdiccionales, pertenece a la esfera del dominio público debiendo en consecuencia ser apreciada de oficio por los Tribunales». Ya que, como subraya el T.S., el fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y conseguir la estabilidad y seguridad jurídicas.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, que cuando vayan a dictarse dos resoluciones que puedan ser contradictorias y opuestas entre sí, con el notorio desprestigio que ello ocasionaría a los órganos jurisdiccionales, se impone la necesidad de arbitrar los remedios legales precisos para evitarlo, a cuyo fin puede acudir al principio general del derecho contenido en la locución latina «*non bis in idem*» que sustenta el deber jurídico de todo Tribunal de abstenerse de conocer asuntos dirimidos en juicio. Los Tribunales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, puesto que, aunque no se invoque la «*exceptio rei iudicatae*», no cabe duda de que lo decidido en el primitivo proceso es vinculante en el segundo, toda vez que si se pudiera discutir lo ya firme ello equivaldría a poderse revisar subrepticamente la ejecutoria. Consiguientemente, si bien la cosa juzgada, en su efecto negativo, esto es, cuando impide un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, tiene necesariamente que alegarse por vía de excepción, en cambio, para que surta el efecto de obligar

al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada.

Límites subjetivos de la cosa juzgada.— La citada doctrina jurisprudencial no puede quedar desvirtuada, como resuelve el T.S., por el hecho de dirigirse la demanda origen del segundo proceso contra personas que no resultaban vinculadas en modo alguno por los contratos cuya nulidad se pide (lo que había sido decidido en el primer proceso al dictarse la sentencia ahora recurrida), ni tampoco por la circunstancia de que la demanda inicial de los autos, sobre la que recayó sentencia con eficacia de cosa juzgada, fuese instada por una de las partes posteriormente demandada en nombre propio y en beneficio de la comunidad formada por sus hermanos, demandados también en el segundo juicio, dado el vínculo de solidaridad que para ellos nacía del contrato o contratos impugnados o, cuando menos, la indivisibilidad de las obligaciones por ellos asumidas en tales actos jurídicos (STS de 23 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de la falta de acumulación de dos autos, en los que existía una identidad en la «*causa petendi*» principal (aunque las partes procesales no eran exactamente las mismas), al no presentarse su solicitud ante el juzgado en el que radicaba el pleito más antiguo (art. 171 pf. 2 de la LEC), se produce la siguiente situación anómala: recae sentencia firme sobre uno de los procesos (el que estaba en un estado procesal más avanzado), mientras que, en el otro, ya en grado de apelación, se litiga todavía la nulidad de unos contratos sobre cuya validez ya había decidido la sentencia firme. Si bien en el proceso más antiguo, uno de los compradores de las viviendas de una cooperativa solicitaba la validez y el cumplimiento de los contratos realizados con ésta; en el segundo proceso era esa misma cooperativa de viviendas la que solicitaba la nulidad de los actos y contratos realizados, además de por el anterior demandante y sus hermanos, por todos los miembros de la junta provisional rectora de la cooperativa.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Burgos desestimó la demanda presentada por la cooperativa de viviendas y estimó la reconvencción formulada por uno de los demandados. La Audiencia Provincial de Burgos acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, absolvió en la instancia a los demandados y confirmó, en cuanto al resto, la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo, casa la resolución de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuanto a la estimación de la demanda formulada por la cooperativa de viviendas, y confirma la sentencia de apelación en cuanto estimaba la reconvencción formulada por uno de los demandados. (V.M.L.).

37. Los intereses procesales del art. 921 párrafo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.— El devengo de los intereses legales-procesales, como indica el Tribunal Supremo, «se produce por el sólo hecho de emitirse sentencia con contenido indemnizatorio pecuniario perfectamente precisado, sin que concurra el presupuesto necesario de que la resolución tenga que ser firme, pues la norma no lo exige».

Los intereses ex art. 921 de la LEC surgen «*ope legis*», como reiteradamente ha venido manteniendo nuestro Alto Tribunal, lo que conlleva que actúen sin necesidad de petición ni de condena expresa: «no haciendo falta, en consecuencia, peticionar lo que la norma decreta, ni comete incongruencia el órgano judicial que silencia un *petitum* de tal naturaleza (Sentencias de 10 de abril de 1990 y 25 de febrero de 1992)». (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado de Primera Instancia de Viella en sentencia de fecha 1 de octubre de 1985, condena a BAQUEIRA BERET S.A. y, hasta el límite de la responsabilidad contratada por la estación, a la Compañía Aseguradora LA CATALANA DE SEGUROS A PRIMERA FIJA S.A., en concepto de responsable civil por negligencia en accidente, a la suma de 9.816.284 pts., más los intereses legales incrementados en dos puntos a partir de la firmeza de esa sentencia. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, en resolución de 4 de julio de 1986, incrementa la cuantía por responsabilidad civil a 15.392.665 pts., sin hacer expresa referencia a los intereses legales. Esta cantidad pasa a ser firme, al no estimar el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de marzo de 1988, el recurso de casación interpuesto por BAQUEIRA BERET S.A.

En la fase de ejecución de esta sentencia, se plantea un incidente contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, porque en él se establecía como momento inicial del devengo de los intereses, a computar sobre el capital debido (15.392.665 pts.), el día 23 de marzo de 1988 —fecha que coincide con la sentencia de casación—. La Audiencia Provincial de Barcelona, haciendo uso de las facultades que el mismo art. 921 pf. 4 de la LEC le otorga, en la sentencia que resuelve el recurso de apelación contra el mencionado auto, estima que la fecha inicial del cómputo de los intereses legales debe ser la misma de la sentencia de primera instancia, esto es, el 1 de octubre de 1985. El Tribunal Supremo casa en parte la resolución recurrida, ya que, aunque mantiene el día 1 de octubre de 1985 (fecha de la sentencia de Primera Instancia), como momento inicial del devengo de los intereses legales, sin embargo, éstos se computarán sobre la cantidad otorgada por la misma sentencia (9.816.284 pts.), y se añadirán a los intereses legales sobre la cuantía finalmente concedida en apelación (15.392.665 pts.) devengados desde la fecha de tal resolución (4 de julio de 1986). (V.M.L.).

38. Procedimiento de apremio. Derecho de los acreedores hipotecarios de conocer el estado de la ejecución: indefensión. Carácter autónomo de este derecho.— La omisión de la notificación a los acreedores hipotecarios a que alude el art. 1.490 de la L.E.C. produce indefensión. Así, en el presente caso, se privó al acreedor hipotecario de ejercitar los derechos correspondientes que se estipulan en los arts. 1491 y siguientes de la L.E.C., esto es, la posibilidad de personarse en el procedimiento de apremio a los fines de participar en el avalúo con el nombramiento del perito correspondiente y demás consecuencias inherentes. Estas circunstancias dieron lugar a la nulidad de actuaciones.

El artículo 1490 L.E.C. consagra un derecho autónomo y distinto al que pudiera derivar del conocimiento por la publicidad del Registro de la Propiedad (STS de 14 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares demandó a Don Agustín R.P., Doña Josefa C.R., Don Jaime R.V., «Exclusivas Formentera S.A.» y al Banco Exterior de España, solicitando nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo mediante el cual se adjudicaron determinados bienes hipotecados, ya que la actora era acreedora hipotecaria de los mismos y no se le notificó el estado de la ejecución para que pudiese intervenir en el evalúo y subasta. Se daba la circunstancia, que la inscripción registral de la demandante era de fecha anterior a la certificación de cargas previa a la subasta.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia y estimó íntegramente la pretensión de la actora. No prosperó el recurso de casación planteado por «Exclusivas Fomento S.A.». (I.D.-L.).

39. Acceso a los recursos; incumplimiento de requisitos.— En reiterada doctrina jurisprudencial el Tribunal Constitucional establece que el acceso a los recursos es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no padece si se obtiene una resolución de inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos legales, siempre que tales requisitos se hayan interpretado y aplicado en el sentido más favorable a la efectividad de ese derecho (STC 59/84, 90/86, 46/89, 121/90, 115/92, 130/93 y 214/93).

Pago o consignación de las rentas.— Con referencia al requisito del pago o consignación de la renta para poder acceder a los recursos en los procedimientos arrendaticios que tengan por objeto una pretensión que motive el desalojo del arrendatario —artículo 1.566 L.E.C. y 148.2 L.A.U.—, hemos de precisar que una interpretación teleológica y finalista de las citadas normas en relación al artículo 24 C.E. obliga a distinguir entre:

— El hecho del pago o consignación previo al recurso que se configura como requisito esencial dado que viene a cumplir una finalidad cautelar y de legítima salvaguardia de los derechos del arrendador.

— La acreditación del pago, que se constituye como requisito meramente formal susceptible de subsanación. Esta doctrina había sido acogida con anterioridad por el Tribunal Supremo en sentencias de 19 diciembre 1959, 20 de febrero y 10 de diciembre de 1960, 2 de junio de 1961, 17 de febrero de 1962 y 2 de mayo de 1963.

Asimismo es doctrina reiterada del Tribunal Supremo en Sentencias de 17 de junio de 1919, 19 de febrero de 1921, 27 de noviembre de 1992, 30 de septiembre de 1985 y 20 de febrero de 1986 que no es obstáculo para la inadmisión de un recurso a consecuencia de no haber efectuado el pago o consignación, el hecho de que en su día fuese admitido «pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen, deban ser desestimados». (STS de 14 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Se formuló demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento por traspaso ilegal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la Sentencia dictada en primera instancia y declaró resuelto el contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación por incumplimiento del requisito del pago o consignación previa a la interposición del mismo.

NOTA.— Resulta relevante cómo en el fundamento de derecho primero de la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo con el fin de interpretar teleológicamente el art. 148.2 de la LAU, acude al art. 36 del Proyecto de Reforma de la Legislación especial de 28 de diciembre de 1992.

Con ello trata de reafirmar cómo el requisito previsto en el art. 148 de la LAU, aun cuando es anterior al texto constitucional, es plenamente compatible con el tenor mismo. (S.A.R.).

40. La sentencia generadora de un error judicial debe ser materialmente firme.— La sentencia generadora del posible error debe ser materialmente firme, sin posibilidad procesal alguna de que pueda dictarse otra resolución decisoria de la controversia, como se deduce del sentido jurídico y efectividad del artículo 243-1-f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Concepto de error judicial.— Esta Sala ha venido realizando una construcción doctrinal acerca del error judicial, que se ha consolidado en cuanto explica y procura el alcance del mismo a los efectos del artículo 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El concepto de error judicial se puede entender en dos perspectivas: a) Una en cuanto se proyecta sobre los hechos si éstos y fuera de los cauces legales, son omitidos o se parte de otros distintos y diferentes a lo que constituyen el «*factum*» del pleito y que fueron objeto de debate y b) en línea del Ordenamiento Jurídico a aplicar, cuando se ha llevado a cabo una aplicación del derecho basada en normas inexistentes, caducadas o interpretadas de manera abierta y palmaria en su sentido contrario, o en pugna frontal a la legalidad, llegándose a conclusiones y decisiones ilógicas y absurdas, contrarias a lo que es evidente y constatado en la normativa aplicable, generándose con ello un ruptura de la armonía del concierto jurídico y situación de desorden en lo que la recta justicia debe procurar (Sentencias de 31 de octubre y 8 de noviembre de 1991 y 18 de abril de 1992).

El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un hipotético derecho al acierto judicial.— Correspondiendo a los Tribunales la selección de la normativa que proceda a los supuestos que enjuician y siendo su interpretación de la competencia exclusiva de los mismos, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial en las decisiones y de esta manera no es amparador ni menos rectificador de posibles equivocaciones, incorrecciones o inexactitudes jurídicas producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas (Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 50/1988 y 216/91, de 11 de noviembre de 1991) y, en definitiva, cuando se trate de pronunciamientos fundados en Derecho. (STS de 27 de marzo de 1993; no ha lugar al recurso de revisión).

HECHOS.— La sentencia de la Audiencia desestima, por razones formales, la apelación de una inmobiliaria que pretendía la resolución de un arrendamiento urbano denegando al inquilino la prórroga forzosa. Disconforme, la inmobiliaria interpone recurso de revisión denunciando la existencia de un error en la sentencia de la Audiencia. El recurso de revisión no prosperó. (R.G.S.).

41. Requisitos de la «maquinación fraudulenta» del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de la interposición del recurso de revisión.— Es jurisprudencia reiterada que la maquinación fraudulenta a que se refiere el apartado 4 del art. 1.796 de la LEC precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concorra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial obtenida con actividades de la parte actora dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su oposición y asegurar el éxito de la demanda (SS de 23 de noviembre de 1983, 30 de enero de 1984, 3 de marzo y 7 de abril de 1987 y 7 de mayo de 1981); también lo es que una de las manifestaciones más claras de maquinación consiste en manifestar desconocer el domicilio del demandado, no obstante tener constancia del mismo, interesando el emplazamiento por edictos, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía, para que no comparezca a defender sus posibles derechos (SS de 17 de enero de 1983, 20 de febrero y 14 de marzo de 1987, 30 de junio de 1988, 31 de octubre de 1989, 20 de marzo de 1990 y 13 de mayo de 1991).

Supuestos en los que cabe interponer el recurso de revisión: interpretación restrictiva.— La interpretación de los supuestos en los que cabe el recurso se ha de realizar con absoluta rigidez y criterio restrictivo, para no quebrantar el principio de autoridad de la cosa juzgada (SS de 23 de marzo y 30 de junio de 1991 y 10 de noviembre de 1992, así como las muy numerosas que en ellas se reseñan. (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar al recurso de revisión).

HECHOS.— Se interpone recurso de revisión contra una sentencia firme y ejecutoria dictada en un Juzgado de Santander. El recurso se apoya en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo el recurrente que la citación por edictos en el juicio de desahucio que contra él se seguía supuso una maquinación fraudulenta del arrendador encaminada a impedir su defensa. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.).

