

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE

MCMXCV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Consejo de Redacción

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

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

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>La analogía en el derecho</i> . . .	1039
PASQUAULIÑO, Miguel: <i>Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo</i>	1089
GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: <i>El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa</i>	1105
Dictamen	
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: <i>La inscripción de la compra del inmueble por el arrendatario financiero que ejercita su derecho de opción</i> (Dictamen a solicitud de la Asociación Española de Leasing).	1197

Información Comunitaria

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: *Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias* 1243

Bibliografía

- LIBROS:** *Arrendamientos urbanos y establecimientos comerciales*, por Gabriel García Cantero.—CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La información del consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, por Esther Gómez Calle.—DESANTI, Lucetta: *De confirmando tutore vel curatore*, por Patricia Zambrana Moral.—MARTÍN MORALES, Ricardo: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, por Alma María Rodríguez Guitián.—V.V.A.A.: *Beiträge zur Geschichte der Juristischen Fakultät der Universität Rostock*, por Gabriel García Cantero 1275

REVISTAS ESPAÑOLAS

- A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 1297

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

SENTENCIAS

- A cargo de Encarna ROCA TRÍAS. Colaboran: Marc CAMPO ARAGONÉS, Ramón CASAS VALLÈS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mónica VILASAU SOLANA 1329

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Javier BARCELÓ DOMENECH, Pedro José FEMENÍA LÓPEZ, Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Aurea RAMOS MAESTRE, Encarna SERNA MEROÑO, María Luisa VALLÈS AMORES 1373

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
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.: 84-7787-974-5 (Tomo III)

N.I.P.O.: 060-95-003-X

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

Depósito Legal: M-125-1958

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

La analogía en el Derecho (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA ANALOGIA

La palabra *analogía* —como tantas otras empleadas jurídicamente— no ha sido acuñada en el ámbito del derecho. Como es bien sabido, tiene un marco de aplicación mucho más amplio. Tanto que alcanza el ser de los entes.

FERRATER MORA (1) recoge, en términos muy generales, dos perspectivas de lo que es la analogía:

— Una la entiende como correlación entre los términos de dos o varios sistemas u órdenes, indicativa de que existe una relación entre cada uno de los términos de uno y otro sistema. De ese modo, expresa la proporción existente entre esos términos, que puede ser entendida cuantitativa o tipológicamente.

— Otra la observa como semejanza de una cosa con otra, por la similitud que ofrecen unos caracteres o funciones con otros, comportando la atribución de los mismos predicados a diversos objetos -no como una determinación unívoca de esos objetos sino como expresión de una correspondencia, semejanza o correlación establecida entre ellos. Pero —como advierte el propio FERRATER—, aún aplicada a las cosas y no a relaciones, la analogía «parece referirse a las proporciones y jamás a las semejanzas en sentido estricto».

(*) Este estudio es un extracto de los apartados 178 a 182 de la obra del autor de este artículo, *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, pendiente de publicación.

(1) JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, vol I, voz «Analogía», Cfr. ed. Barcelona, Círculo de Lectores, 1991, pp. 147 y ss.

La primera de estas concepciones fue aplicada por los matemáticos griegos a cantidades, magnitudes y relaciones entre puntos del espacio.

PLATÓN la aplicó a ciertas realidades, haciendo comparaciones entre ellas: Como la hizo, v. gr., entre el bien con el Sol. DIONISIO AREOPAGITA utilizó la noción de analogía en el problema del acceso inteligible a Dios o a la bondad perfecta.

ARISTÓTELES planteó la «analogía del ente», aplicándole la doctrina de «la igualdad de razón» en orden a los problemas ontológicos.

En la época moderna —según dice FERRATER MORA (2)— la analogía se ha entendido de modos relativamente vagos, en la similitud de relaciones entre términos abstractos o en la semejanza entre cosas; y no siempre se ha distinguido bien entre una comprensión analógica y una metáfora. Pero, generalmente, se ha entendido que designa un modo de razonamiento fundado en algún tipo de semejanza.

MARÍA JOSÉ FALCÓN, en su excelente monografía acerca de la argumentación analógica en el derecho (3), enumera, en líneas generales, los siguientes aspectos en que se emplea la palabra analogía: *vulgar* o *vago*, como parecido más o menos lejano; *matemático*, de *proporción*; *filosófico*, en sus diversos sentidos; *lógico*; *metafísico*, referente a sus fundamentos ontológicos y a su realización en las cosas; *psicológico*; *criteriológico*, que trata de alcanzar lo supraexperimental; y *jurídico*.

Sin embargo, ya en Grecia fue utilizada para razonar en un «procedimiento por semejanza», que corresponde a lo que hoy se denomina procedimiento analógico. En este aspecto, se han confrontado las posiciones adoptadas por SÓCRATES, por PLATÓN y por ARISTÓTELES.

En un interesante estudio de la analogía en la evolución de la lógica griega, ERHARD-WOLFRAM PLATZECK (4) efectuó una tripartición, que convirtió en cuatripartición, de la analogía según fue concebida por los griegos desde los presocráticos hasta ARISTÓTELES.

- a) La presocrática, que es meramente intuitiva y comparativa.
- b) La de SÓCRATES, que parte de la semejanza entre dos o más *topoi*, o relaciones analogadas, de las cuales por inducción se llega al *logos* analogante (5). Así se produce una relación triangular, cuyo vértice superior es esa razón analogante del *tertium comparationis*. Sin embargo, cabe así que la semejanza se tome en un sentido tan amplio, que, por ella, partiendo de una semejanza solamente formal o bien muy

(2) J. FERRATER MORA, *loc. ult. cit.*, pp. 149 y ss.

(3) MARÍA JOSÉ FALCÓN TELLA, *El argumento analógico en el derecho*, I, II, 2, Madrid, Civitas, 1991, pp. 44 y ss.

(4) ERHARD WOLFRAM PLATZECK, *La evolución de la lógica griega en el aspecto especial de la analogía (desde la época de los presocráticos hasta Aristóteles)*, Barcelona, C.S.I.C., 1954.

(5) *Ibid.*, II, 2, pp. 36 y ss.

lejana, se hallen relaciones de analogía que sólo son accidentalmente externas, entre dos o más cosas individuales. (6)

c) La de PLATÓN, quien partiendo de que el analogante se halla en las ideas de nuestra mente (7), combinaría el aspecto *cualitativo*, observado por SÓCRATES, con el *cuantitativo*, que tomó de los pitagóricos. Si el *quale*, es decir el sí o no del juicio, asciende a la semejanza o a la disemejanza de las razones, el *quantum* se proyecta deductivamente en el carácter subalterno de las razones inductivo-particulares respecto del analogante. En esta perspectiva de PLATÓN, el conjunto de todos los analogantes forma «una sola pirámide espiritual» de «comunicación de ideas», con funciones de conjunción, disyunción y negación. De ese modo, «las relaciones particulares en una analogía, se *conjuntan*», y esa conjunción es proyectada desde un mismo analogante superior, mientras que éste descendientemente se divide y se va diferenciando separadamente en cada relación particular (8).

A primera vista, mientras que la analogía socrática constituye un triángulo, en cuyo vértice se halla el logos analogante, en cambio la platónica forma, aparentemente, un rombo cuyos lados son: dos relaciones inductivo-intuitivas de los analogados con los analogantes, y dos de semejanza de éstos entre sí. Pero, si se profundiza la observación de la concepción platónica se percibe que los dos analogantes ascienden también, hacia ideas generalísimas, hasta llegar al *logos* trascendental. A la par, desde éste, sucesivamente se desciende a las ideas generalísimas y de éstas a las generales, hasta finalmente retornar a las inducidas, que así resultan específicamente definidas. Es el método de la *diáresis* o «división de la idea superior en sus ideas subalternas hasta llegar a las ideas especialísimas».

Su ideal consistía en llegar, de esa manera, hasta la división exhaustiva (9). De tal modo, en la analogía geométrico-platónica, el *tertium comparationis* de la analogía es un justo medio, en doble sentido cualitativo y cuantitativo, entre los dos analogantes: el analogante menor general y el más general. Así: «El término mayor ya no se toma como por *tertium comparationis*, como en el caso de la analogía socrática, sino que —siendo este término mayor, o sea el relativamente máximo, opuesto al mínimo y particular— se pregunta por un nuevo vínculo que pueda relacionar los dos contrarios, el mayor y el menor mínimo. El punto fijo de comparación se traslada desde el logos analogante» —que, en la analogía socrática, es la relación mayor— «al centro de la nueva analogía esto es, al término medio» —entre los dos analogantes—. «Cuando empero este término medio, como nuevo *ter-*

(6) *Ibid.*, pp. 30 y ss., y IV, II, pp. 68 y ss.

(7) *Ibid.*, III, 2, pp. 51 y ss.

(8) *Ibid.*, 8, 3, pp. 54 y ss.

(9) *Ibid.*, 4, pp. 58 y ss.

tium comparationis, no es mayor que el término particular, o cuando no es menor que el término mayor, la función transitiva se desvanece» (10).

Ocurre, de esa manera, que, en la concepción platónica, «el lugar ontológico mental de una idea no es sabido por su relación con el género próximo, sino por la distancia respecto del género supremo a través de un cierto número de subalternaciones» (11).

d) Con ARISTÓTELES la analogía es además «una analogía formalmente analizada» (12). Pero no es analizada con referencia a las ideas más generales, como la platónica, sino que el análisis se efectúa en relación con las cosas analogadas y mediante el arte silogístico, del cual el propio ESTAGIRITA estableció sus reglas. Entre ellas, principalmente, que de dos premisas negativas no se concluye nada, ni tampoco de dos premisas particulares. Es decir, para ARISTÓTELES, el *tertium comparationis* no es el de máxima universalidad entre dos relaciones dadas, ni entre tres términos comparables, sino que puede ser de extensión relativamente mínima, pero bajo el aspecto cualitativo de comprensión debe estar en el justo medio entre un término mayor y otro menor. Empero, es necesario que estos dos términos, el mayor y el menor, se unan en la conclusión para formar el juicio consiguiente (13).

PLATZECK (14) lo explica: «Dice el ESTAGIRITA que “la división jerárquica a través de los géneros (*Anal. Prior.*, ep. XXXI, 46, a 31-34; 39-46 b) no es sino una pequeña parte de nuestro método. La diáresis (o sea la división) aparece como un débil silogismo porque postula lo que se debe demostrar y establece siempre algo más general [que lo que está en litigio]... Cuando uno quiere constituir un silogismo demostrativo, es preciso que el término medio sea más particular y no más universal que el mayor. Este sólo ha de unirse con el menor en la conclusión. La diáresis, empero exige lo contrario, pues en ella se toma como término medio un universal”».

El silogismo aristotélico «se restringe a un campo medio por la exclusión de las cosas individuales y de los aspectos trascendentales», pues, ante éstos, el ESTAGIRITA retrocedió. La inducción tiene prioridad absoluta en la ciencia humana, y no la deducción. Por eso entiende que la exigencia de una ciencia meramente deductiva es utópica, porque la deducción es posterior a la inducción; por ello la función de aquélla es más modesta de lo que piensa generalmente la filosofía (15).

(10) *Ibid.*, IV, 2, pp. 73 *in fine* y ss.

(11) *Ibid.*, 3, p. 78.

(12) *Ibid.*, II, 2, pp. 38 y s.

(13) *Ibid.*, IV, 3, pp. 72 y ss.

(14) *Ibid.*, 3, pp. 77 y ss.

(15) *Ibid.*, V, 2, pp. 98 y ss.

Como los presocráticos, cree ARISTÓTELES que las cosas no se dejan captar del todo por el rayo de la razón humana sino que en ellas se esconden muchas realidades (16). De ahí que, en su filosofía realista, el límite que impone la inducción pone ciertos límites a la diáresis comparativa desde las ideas, base de la analogía geométrica de PLATÓN.

La analogía también ha sido referida a nombres o términos para observar si, cuando alguno de éstos se refiere a diversas cosas, lo hace de un modo unívoco, equívoco o análogo. Esta concepción fue utilizada, en el Bajomedievo, siguiendo a ARISTÓTELES, por la escolástica realista. Fray SANTIAGO RAMÍREZ, en su magna obra *De analogía* (17), ha efectuado una prodigiosa suma de toda esa labor desarrollada por la escolástica acerca de la analogía.

Esta, aunque partía del nombre, no era una analogía nominalista sino realista; pues, a través del nombre, se refería a la propia cosa designada. El mismo P. RAMÍREZ (18) lo explica, con abundantes citas (en las cuales, para aclararlas, además de poner en cursiva las expresiones más significativas, añade entre corchetes explicaciones que transcribe de otras frases del mismo autor citado, como las siguientes de S. ALBERTO MAGNO (*Inc. I Ethic Nicom.*, trac. 5, cap. 2) —«nomen nihil est aliud nisi *implicita definitio*, et definitio [realis] est nominis [seu rei nominatae] per singula explicatio»— y de SANTO TOMÁS (*In IV Metha.*, lect. 19, n.º 1048) —«*incipit, enim conitio rel ab aliquibus signis exterioribus [inter quae est nomen] quibus pervenitur ac cognoscendum rei definitionem: quo cum perventum fuerit, habetur perfecta cognitio de rei*»—.

Esta perspectiva la centra indicando (19) que el nombre *análogo* es intermedio entre *unívoco* y *equívoco*.

Las palabras, *unívocas* expresan universales de todos aquellos singulares de los cuales pueden de un modo idéntico o totalmente semejante predicarse todos y cada uno de unos mismos atributos.

— *Equívoco* es aquel término general que no significa ningún universal —«*Non sunt universalia vere dicte, sed apparenter tantum*»— porque se aplica a todos y cada uno de los términos subordinados con un sentido completamente distinto. Así ocurre con las palabras *Taurus* y *Cancer*, que tienen un significado diferente según se atribuyan respectivamente a una constelación, o a un toro o bien a determinada enfermedad.

(16) *Ibid.*, 3, p. 105.

(17) IACOBUS RAMÍREZ, O.P., *De analogía*, en «Opere omnia», vol. II, Madrid, C.S.I.C., Instituto Luis Vives, 1970-1972 (edición preparada por VICTORINO RODRÍGUEZ, O.P.).

(18) *Ibid.*, *París prior*, sec. I, 25; vol. I, pp. 49 y ss.

(19) *Ibid.*, 135, pp. 253 y ss.; *cf.* especialmente el cuadro que expone en la p. 273.

— *Unívoco* es el término que se aplica, a todos y cada uno de los subordinados a él, en un sentido totalmente semejante o perfectamente idéntico. Así se dice «sano» tanto de un alimento, como de un rostro.

— *Análogo* es el que expresa universales que se aplican a términos que no son entera y perfectamente idénticos; o, más propiamente dicho, se aplican en sentido distinto pero semejante desde un determinado punto de visto o en una determinada y cierta proporción. Como ejemplo, indica el calificativo «despierto» que es adecuadamente aplicado a quien no duerme, pero también a quien tiene una inteligencia viva y no adormilada o mortecina. Según definió SAN ALBERTO MAGNO (*in I Postanalyticorum*, tract II, cap. 13); *analogum «nomen non est simpliciter unum, sed simpliciter est multa et secundum quid unum»*. Referida la analogía a razones, éstas son análogas cuando resultan proporcionales; según dijo CAYETANO (*De nominum analogiae*, cap. 4, 36): «*diversarum rationem sunt simpliciter et eiusdem secundum quod, idest secundum proportionem*» (20).

En este sentido he recordado varias veces que el genuino sentido de la palabra «derecho» equivale a «lo que es justo» en concreto, y que por analogía se ha extendido a la «sentencia», sea o no justa, a la ley o norma de derecho, y a la facultad amparada jurídicamente, que denominamos derecho subjetivo.

Según resume el P. RAMÍREZ (21), en la concepción de SAN ALBERTO MAGNO, SANTO TOMÁS DE AQUINO y sus seguidores, «análogo» puede expresar «*quod nomen est unum, ratio vero significata per nomen est simpliciter diversa et secundum quid eadem*». Es decir les une, el *porqué*, el *secundum quid*, o sea la razón por la cual son iguales aunque singularmente sean diversos.

La escolástica distinguió tres modos de analogía:

a) Analogía *puramente real*, que atiende solo al ser, o analogía *simple de desigualdad*, «en la cual el nombre es común, y la razón, según el mismo nombre, le sigue del todo, sea lógicamente o bien según la intención; pero es desigualmente participado según la esencia del ser, o bien según el ser sea físico o metafísico» (22).

b) Analogía de *simple proporcionalidad* o de *análoga proporción*, que se atribuye a un o varios participantes en comparación a un primero y principal analogante de quien dimana la cualidad. De ella SANTO TOMÁS, como ejemplo, pone la cualidad de sano que se halla no sólo en el animal denominado sano, sino que, también, se habla de medicina sana, en cuanto tiene efecto de sanar; de vida sana, en cuanto es conservativa de la salud, y de orina sana, en cuanto es significativa de salud (23).

(20) *Ibid.*, 178 y 179, p. 331.

(21) *Ibid.*, 180, p. 333.

(22) *Ibid.*, 706, p. 1150.

(23) *Ibid.*, 730 y s., pp. 1661 y ss.

c) *Analogía de proporcionalidad compuesta o comparada o analogía de atribución*, que comparara dos entre dos, o varios entre varios; y es la analogía que en la justicia distributiva tiene aplicación para el reparto de las cargas y beneficios comunes (24).

2. LA ANALOGÍA EN LA INTERPRETACION JURIDICA DESDE LOS JURISCONSULTOS ROMANOS Y LOS AUTORES DEL SIGLO XVI

La analogía así como su antípoda, el *argumentum a contrario* —como dice KASER (25)—, fueron empleados corrientemente por los jurisperitos, ya sea para la indagación casuística del derecho, que ellos resolvían en sus *responsae*, y así, frecuentemente, la solución de un dictamen, antes emitido por ellos, la extendían para la resolución de un hecho análogo en el cual cupiera aducir idénticas razones. Como explica ALVARO D'ORS (26), cada *liber responsorum* sirve de precedente doctrinal ejemplar (*exemplum*), que tiene más o menos influencia según cual sea la autoridad personal del autor, procediéndose por vía casuística y progresiva a la extensión analógica.

Esa utilización de la analogía por los jurisperitos, la siguieron después los pretores, que se sirvieron de ella para completar las acciones civiles u honorarias, creando por el edicto otros medios jurídicos análogos. En cambio, los jueces solamente comenzaron a utilizar la analogía hacia el final del período clásico. Esto explica, según KASER, el retardo de su aplicación a leyes, edictos, etc.

(24) *Ibid.*, 732, pp. 1665 y ss.

(25) MAX KASER. *Derecho romano privado*, 3, IV, 2, p. 32.

(26) A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 31, p. 59.

MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO (*Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*, 25, 6.^a ed., Madrid, Dykinson 1995, 2.^o, p. 126) ha indicado que el ámbito de aplicación de la analogía «es muy amplio y actúa mediante numerosas extensiones y equiparaciones de los siguientes medios de elaboración jurisprudencial:

— Decisiones sobre casos que se aplican a otros semejantes, sobre todo las que se refieren a casos guía o tipos.

— Reglas jurídicas y definiciones.

— Instituciones jurídicas que se construyen partiendo de las primitivas instituciones del antiguo derecho civil.

— Acciones que se sugieren al pretor y que éste incluye en su edicto como acciones útiles o *in factum*.

«Con el continuo recurso a la analogía que parte del caso concreto se crean reglas, instituciones y acciones, a medida que surgen nuevos problemas y es necesario arbitrar nuevas soluciones jurídicas».

«La analogía —ha escrito JUAN IGLESIAS (26 bis)— es el instrumento de que se vale el jurista para hacer que, sin fractura alguna del *ordo iuris*, logren ser atendidas las nuevas demandas sociales. La analogía, pero sin desmadrarse, sin salirse del centro, sin pecar de excentricidad».

En el *Digesto* se hallan varios textos en los cuales su autor interpreta por analogía de lo dispuesto en leyes o senado-consultos, expresando que el caso debía resolverse *ad similia* (27) o *ex similitudine* (28); pues, ambos *tendunt ad eandem utilitate* (29) o *quae quandoque similibis erunt* (30).

Dado el realismo de los juristas romanos, la analogía que ellos empleaban se fundamentaba en una *ratio* de similitud de justicia o de utilidad entre el caso ya regulado y el caso objeto de examen.

Los comentaristas, que utilizaron el *mos italicus*, además del influjo romano, recibieron el aristotélico. De ese modo no es de extrañar que la analogía tuviera, en ellos, estrecha relación con la naturaleza de la cosa y con la equidad, aunque esta relación se observa ya en los últimos glosadores. Resumiendo ese pensamiento realista, TOMÁS MIERES (31) escribiría: «*Aequitas est convenientia rerum quae cuncta coequiparat, et in paribus causis paria iura vel iudicia coequiparat*».

Ya en el siglo XVI, STEPHANUS DE FEDERICIS en la última parte de su *Tractatum de interpretatione legum* se ocupa de cuando es posible recurrir a la analogía —«*quando in controversia vertitur casus, qui lege comprehensus esse non dicitur, tamen per similitudinem alterius legis deffinire posse videtur*» (32)—; y advierte que la palabra «*similitudo*» se entiende de tres modos: uno, que él estima impropio, lo hace equivalente a *identidad*; otro, lo identifica con *paridad*; y el tercero, que considera propio, en el sentido de correspondencia de los accidentes en las diversas especies (33).

(26 bis) JUAN IGLESIAS, *Esencia y consistencia del derecho romano*, 3, Labea, 41 (1995), p. 86.

(27) JULIANO, *Dig.* 1, 3, 12.

(28) MARCIANO, *Dig.* 36, 1, 64, 3.

(29) ULPIANO, *Ibid.*, 13.

(30) TERTULIANO, *Id.*, 27.

(31) T. MIERES, *App.* II, VIII, II, 39 p. 162.

(32) STEPHANUS DE FEDERICIS, *De interpretatione legum in quibus in ipse topica in suis lici tractatus*, Frankfurt 1935 y Colonia 1577, recogida con el solo título *De interpretatione legum* en el *Tractatus universale iuris*, ed. Colonia 1622, ff. 208, vto. 225 vto., de cuyas páginas LUIS FIGA me ha facilitado fotocopia.

(33) *Ibid.*, última parte., 9, fol. 222 vto.

El BRIXIENSE advierte que la similitud (analogía) puede resultar falaz en varios casos, que enumera (34); y concluye que la extensión de la ley por analogía puede emplearse cuando responda a la equidad, apoyando ese criterio con el siguiente argumento: «*quod naturalis ratio et aequitas auctoritatem legis habet, ergo multo magis poterit legem extendere ad casum parem subsistente eadem ratione*» (35).

Así en DE FEDERIUS vemos atenuado el voluntarismo. Pero, en cambio éste lo acentuaría FRANCISCO SUÁREZ.

El DOCTOR EXIMIO, identifica la *mens legis* con la *voluntas legislatoris*; así como la *ratio legis* con la *ratio legislatoris*; considera que la voluntad puede ser más universal que la razón y que ésta puede cesar sin que cese aquélla, ni por tanto la ley. Así somete la *ratio* a la *voluntas legislatoris*.

Este cambio de postura no pudo menos que afectar a la analogía jurídica y más aún al ir unido a la consideración que tuvo de la equidad, considerándola no aplicable cuando la ley falla «sólo negativamente», y requiriendo, para recurrir a ella, que falle «de una manera contraria» o que la ley resulte inhumana.

En efecto, si la *ratio legis* sólo se subordina a la *ratio iuris*, como condición *sine qua non*, en caso de resultarle completamente contraria, pero no es afectada por ésta como condición *per quas*, no podrá influir en la interpretación fuera de los casos en que la ley sea irracional. Con esa pauta de juicio, según el DOCTOR EXIMIO (36): «la ley depende de la voluntad, y la ley puede libremente querer una cosa y no la otra, aunque en ambas se de una misma razón para quererlas; cuando no se da la dicha conexión, podrá hacerse eso sin injusticia o incluso sin imprudencia, pues tal vez no conviene o no es preciso querer todas las cosas o dar una misma disposición para todos los casos que son semejantes; y cuando no hay desigualdad entre ellos, la elección es libre también desde el punto de vista de la prudencia, o ciertamente —aunque en la razón misma de la ley haya igualdad— esa razón puede por otras circunstancias mover más en una materia que en otra».

Estas razones me parecen muy correctas si concretamente son referidas a la determinación consensual o negocial del derecho, y asimismo cuando se trata de determinaciones efectuadas por el legislador. En cambio, si las leyes que contemplamos son conclusiones y, si, entre partes en discordia, se trata de tomar una decisión conflictual, pienso que el árbitro, juez o tribunal, que haya de adoptarlas debe apurar todas las razones normativas a fin de sopesar cuál es aquélla que ha sido ponderada en la conclusión de la ley, atendiendo, sin duda para eso y con esta perspectiva, a todas las circunstancias del caso.

(34) *Ibid.*, 14.

(35) *Ibid.*, 17 y 18.

(36) FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus y de Deo legislatoris*, 6, 3, 20, final.

F. SUÁREZ preguntó si el alcance de la ley puede ampliarse «a un caso no comprendido en alguno de los significados de las palabras, sólo por darse en él una razón semejante o la misma». Su respuesta, que va matizando sucesivamente, parte de que el hecho de que «las palabras [de la ley] señalen expresamente un caso y nada digan sobre el otro, indica más bien que el legislador quiso mandar o prohibir el uno y no el otro, y esto por la conjetura jurídica de que *si lo hubiera querido, lo hubiese dicho expresamente*». Y, además, que «el alcance de la ley no se debe ampliar pasando por encima de todos sus significados si no es por necesidad o por una razón que fuerce a ello». Rechaza que esto se de tan solo por «la conjetura basada en la semejanza de razón, que es inconsistente porque nunca puede probarse suficientemente que la semejanza sea completa, por no estar obligado el legislador a manifestar todas las razones que le movieron» (37).

A continuación, expone SUÁREZ la opinión de quienes afirman que la fuerza de la razón de la ley es tan grande que por ella se juzga que la ley alcanza casos en ella omitidos, si en ellos se da una razón igual aunque no se comprendan en las palabras de la ley (38). En su respuesta distingue: de una parte, *aequalitatem* —que otros dice denominan *similitudinem* (semejanza o analogía)— de las razones, que existe cuando las razones son comparables entre sí, aunque sean distintas; y, de otra, *identitatem*, que la hay cuando en materias distintas se da una misma razón (39). Partiendo de esta distinción, responde «que la sola semejanza de la razón por equiparación o equivalencia, pero sin identidad, no basta para extender la norma de una ley de un caso a otro semejante», porque —dice— «el vínculo que una ley expresa es más fuerte que sólo la razón de semejanza de otra ley» (40).

Sin embargo, distingue la interpretación *comprehensiva* y la *extensiva*, que él denomina «puramente extensiva», y las diferencia del siguiente modo (41):

— «La interpretación o ampliación es comprensiva cuando por ella se declara que tal caso o persona entró en la mente de legislador aunque éste no lo dijera expresamente».

— «Se llama mente o interpretación puramente extensiva aquella por la cual el alcance de la disposición de la ley se amplía a un caso que no entró en la mente del legislador, y/o por darse semejanza o igualdad de razón».

Esta distinción entre interpretación o extensión *comprehensiva* e interpretación *puramente extensiva*, le hizo pensar a CASTÁN

(37) *Ibid.*, 1.

(38) *Ibid.*, 2.

(39) *Ibid.*, 3.

(40) *Ibid.*, 4.

(41) *Ibid.*, 9.

TOBEÑAS (42) que a SUÁREZ no le fue absolutamente desconocida la distinción entre analogía e interpretación extensiva. Yo pienso que esa distinción hecha por SUÁREZ no respondía sino a su concepción voluntarista que identificaba mente y voluntad. De modo tal, distinguía la razón que estuviera en la mente del legislador pero no se expresara, y aquélla que se extiende más allá de su mente. Y creo que no está ahí —como veremos después— la distinción entre interpretación extensiva y analogía.

a) En el supuesto de la que denomina interpretación *puramente extensiva*, SUÁREZ examina específicamente (43) la opinión de aquellos juristas que entendían que a falta de ley se ha de proceder a *similibus ad similia*, es decir, por analogía; y observa que esto se puede observar de dos maneras. Una, basándose en la analogía, como entienden la *Glosa*, las *Decretales*, SANTO TOMÁS DE AQUINO, BALDO y otros autores. Y otra, apoyándose, además, en que alguna otra ley apruebe esta manera de hacerlo o, al menos, se puede presumir esa conformidad del legislador si no consta que su mente fuese contraria [Curioso rodeo para ajustar la realidad a su opinión].

Examinando la primera de estas dos maneras, requiere para su aceptación que, cuando el caso no esté comprendido en las palabras de la ley, conste «que esa razón es completa y que fue la única que movió al legislador», cosa que —dice— ha de verse «por la materia y circunstancias y por las palabras de la ley». E indica que, en general, tratándose de extender una ley por su razón, «no se deduce que la mente del legislador fue abarcar algún caso no suficientemente expresado en las palabras si no es ampliando el sentido de las palabras en algún significado, al menos lato e impropio, o porque fuerce a ello alguna necesidad, por ejemplo, que en otro caso la ley sería injusta o absurda».

b) A fin de que la ampliación sea *comprehensiva* a un caso no comprendido en las palabras de la ley, SUÁREZ estima necesario que la razón de la ley sea adecuada y, para ello, requiere varias cosas (44).

— Una, que esa razón «sea la única que por sí misma mueva suficiente y eficazmente a dar la ley»; porque generalmente la razón no mueve por sí sola, sino unida a otras, por lo cual para aplicarla a otros casos en que se de, el legislador pudo no moverse por ella por faltar las otras razones o circunstancias. [Pienso que eso debe sopesarse, pero no basta sin más para excluir la extensión o analogía].

(42) CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Instituto Ed. Reus, 1947, III-III, p. 320, nota 4.

(43) SUÁREZ, cap. *ult. cit.*, 10-15.

(44) *Ibid.*, 16-20.

— Otra, «que sea como el fin único y total pretendido por la ley»; porque «si la razón no se pretende de una manera completa y total, no es preciso que la ley abarque todos los casos en que pueda darse esa razón».

— En fin, que «la razón de la ley sea tan intrínseca y tan universal en todos los casos que, en virtud de ella, se pueda decir que entran en la ley, que en ella tengan conexión necesaria con relación a la justicia y a la prudencia de la ley; es decir, que resulte contrario a la recta razón o a la prudencia que se de una disposición para ciertos casos y no para todos aquellos en los cuales hay igualmente la misma razón». Aquí SUÁREZ vuelve a dar prevalencia a la razón como condición *sine qua non* cuando en caso contrario habría injusticia o imprudencia; pero no se la concede como razón *per quas* para su interpretación. No se la da a causa de la primacía que, en este caso, asigna a la voluntad del legislador, puesto que insiste en que «la ley depende de la voluntad, y la voluntad puede libremente querer una cosa y no la otra aunque en ambas se de la misma razón para quererlas», mientras resulte así «sin injusticia e incluso sin imprudencia».

Insiste SUÁREZ (45): «En virtud de la razón no puede hacerse la ampliación comprensiva si esa razón no indica suficientemente la voluntad del legislador [resulta claro —adviértase— que sustituye la *ratio legis*, interdependiente de la *ratio iuris*, por la *ratio legislatoris*, supeditada a la *voluntas legislatoris*, de la manera por él mismo indicada], pues una voluntad guardada en la mente y no manifestada, no obliga». De ahí deduce que solo cabe tal ampliación comprensiva si «las palabras la manifiestan porque la razón fuerza a interpretarlas así, o -si faltan en absoluto palabras- porque la misma razón fuerza a suplirlas o ajustarlas de otra manera a tal sentido; pero —advierte— esto únicamente es lícito efectuarlo cuando es necesario para evitar algún absurdo en la ley» [Estamos siempre en lo mismo, vale sólo «para evitar algún absurdo», no para hallar la mejor solución que sea posible; es decir, la razón condiciona a la ley otra vez *sine qua non*, pero no *per quas*].

Frente a la opinión de CINO, BARTOLO, BALDO, el ABAD PANORMITANO, ANTONIO GÓMEZ y otros, quienes entendían que la razón vale en sí misma y no por estar escrita, estimó rotundamente el DOCTOR EXIMIO (46) que «apenas tiene lugar obligatoriamente si no está escrita».

Los expresados principios entiende que sólo rigen en los casos especiales de ampliación admitidos por los autores. Entre esos casos menciona los siguientes supuestos de ampliación de la ley.

(45) *Ibid.*, 22, final.

(46) *Ibid.*, 4, 6, final.

a) *En los casos correlativos*, en cuanto tales, cuando «se de la misma razón, de tal manera que no puede valer para el uno si no vale también para el otro, o si ciertamente la razón de la justicia pide que lo dispuesto para el uno sea aplicable al otro» (47).

b) *Cuando varios casos radican en un mismo principio o raíz*». Supuesto para el cual dice que la cosa será más evidente si la raíz «es la materia de la ley»; y, además, requiere «que la relación entre los casos sea tan estrecha que no pueda prohibirse el uno con prudencia y justicia si no se prohíbe el otro, lo mismo que se ha dicho en los casos correlativos» (48).

c) *Por equiparación de casos anteriormente efectuada por otra ley*; pero, «entonces propiamente no se hace la ampliación de una misma ley sino que una ley amplía el efecto de otra» (49).

d) *Cuando la ley habla de un determinado caso tomándolo como ejemplo*, supuesto que acepta como posible sólo si así resulta «por la razón de la ley, por otra ley, por la razón natural» o por otra circunstancia. basándose «en la identidad de la razón que debe considerarse con atención y según todas las circunstancias que se han puesto» (50).

El límite que significó para SUÁREZ su exigencia de que la *ratio legislatoris* no resultara totalmente injusta o incluso imprudente -constituyendo, aún, un limitado influjo de la *ratio iuris* en la *ratio legis*- desaparecerá cuando el derecho positivo —que ya en el DOCTOR EXIMIO estaba desconectado de la naturaleza de las cosas— se desliga totalmente, en su aplicación, de la ley natural —como ocurrió en la concepción protestante—, para constituir así ambas leyes mundos aparte, sin óbice de que se entendiera que el derecho natural racionalista debía servir de modelo al legislador (51).

Con este cambio, la analogía quedaba completamente independizada de la naturaleza de las cosas, así como del *sensum naturale* y la *naturalis ratio*, mediante los cuales el hombre capta esa naturaleza.

Después, el racionalismo —explica A. KAUFMANN (52)—, «desconoce prácticamente la analogía»; «el ser es conocido matemáticamente

(47) *Ibid.*, 7.

(48) *Ibid.*, 8.

(49) *Ibid.*, 9.

(50) *Ibid.*, 210.

(51) *Cfr. Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Fund. Arecos 1994, 1-9, p. 539 *in fine*, 183, textos correspondientes a las notas 15 y 16, pp. 598, y s., y 191, párrafo que lleva la nota 151, p. 629, y *La encrucijada metodológica de la Recepción, la Reforma y la Contrarreforma*, Discurso de apertura del Curso 1991-1992 de la Real Academia de Jurisprudencia, 15, pp. 55 *in fine*.

(52) ARTHUR KAUFFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile 1976, IV, p. 62.

“more geometrico” “clare et distincte” (DESCARTES)». Todo el conocimiento es «unívoco» y «coherente»; el racionalismo afirma que sólo hay conceptos unívocos (matemáticos) susceptibles de subsunción lógica»; no conoce la existencia de conceptos análogos, funcionales, de sentido, de orden o de tipo».

Aunque KANT destruyó la metafísica y la ontología clásicas, sólo en el período postkantiano —como también advierte KAUFMANN (53) sería precisamente cuando «la analogía del ser fue dejada por completo en el olvido. En el *nominalismo*, entonces surgente, —mejor dicho: nuevamente surgente— se reconoce un carácter real sólo a las cosas individuales; es negada la realidad de lo general, de lo esencial, de la cosa en sí, que todavía en KANT se halla presupuesta. Consecuentemente, tampoco puede haber conocimiento de esencias —ni unívoco ni analógico— porque tal conocimiento presupondría que existe una correspondencia entre las cosas, en tanto ellas convergen en un “general”. Según el nominalismo, para el que sólo existe lo individual, las cosas no están vinculadas entre sí y se ubican en la más completa separación y diferenciación respecto de las otras».

Completado así ese giro, la analogía jurídica, en adelante y en un principio, se apoyará completamente en la voluntad del legislador, y, por ello, a falta de voluntad expresa a la que remitir aquélla, únicamente cabrá fundamentarla en la voluntad tácita o, al menos, presunta del propio legislador.

Una vez llegado a este punto de máxima dependencia de esa voluntad, comenzaría de un nuevo proceso de objetivización de la analogía, como vamos a ver a continuación.

3. LA ANALOGIA EN LA INTERPRETACION SEGUN LA ESCUELA DE LA EXEGESIS. LA PANDECTISTICA DE SAVIGNY Y EL POSITIVISMO LEGALISTA DEL SIGLO XIX

A) La ilusión iluminista de establecer códigos perfectos y completos, que nada dejaran al intérprete, y la exigencia de que el juez no deje jamás de fallar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, obligaban a extraer de ésta soluciones para todos los casos que se planteen ante los tribunales de justicia. Por ello, muchas veces resultó preciso recurrir a la analogía. Los autores del Proyecto de *Code civil*, en su libro preliminar, —que la Asamblea legislativa suprimió—, habían dicho en el art. 8: «No se puede razonar de un caso a otro, sino cuando existe el mismo motivo para decidir». Notemos que no se hablaba de «razón» sino de «motivo», dado que éste, por su carácter subjetivo, es referible a la voluntad del legislador.

(53) *Ibid.*, p. 64.

LAURENT razonó (54): «El principio de la interpretación analógica nunca ha sido discutido, pero puede abusarse de él, aplicándolo donde realmente no hay analogía». Para ello, a fin de aplicarlo bien, el primer cuidado del intérprete ha de ser el de «examinar si realmente existe identidad de motivos; solamente cuando se ha comprobado bien que los motivos para decidir son los mismos, cabe razonar de un caso para otro».

Pero, enseguida, observa ciertos reparos (55): «Cuando la ley establece un principio general la aplicación analógica no ofrece duda alguna. Pero, ¿ocurre igual cuando la ley establece una excepción?», LAURENT recuerda el viejo brocardo expresivo de que los preceptos de derecho estricto son de rigurosa interpretación; y que, por consiguiente, no pueden extenderse de un caso a otro. Pero, no ignoraba que los juriconsultos entendían ese brocardo en el sentido de que las disposiciones excepcionales eran aquéllas que contenían un «*derecho exorbitante*»; es decir «las leyes establecidas contra la *razón de derecho*. Se concibe que las leyes de esta naturaleza no pueden extenderse; pues son un mal, un mal que puede ser necesario, pero el mal siempre debe restringirse dentro de los límites más estrechos. Pero, otra cosa son las simples excepciones a una regla general que se hallen tan basadas en la razón como la regla general; ¿por qué, pues, no podrán aplicarse por analogía?».

Sin embargo, LAURENT lo rechazaba, razonándolo así: «cuando el legislador establece un principio, su voluntad es que ese principio sea aplicado en todos los casos que puedan presentarse; esto es; una obligación que impone al intérprete», salvo que el propio legislador establezca la excepción, pues —dice—: «¿Qué pasaría si el intérprete extendiera las excepciones por analogía? Creando excepciones nuevas, derogaría una regla obligatoria, haría la ley, cuando su misión se limita a explicarla y aplicarla».

Cierto es que, por su parte, matiza: «A veces la excepción, aunque derogue una regla, es aplicación de otra regla de derecho. En esos casos la voluntad del legislador no es la de limitar la disposición excepcional al caso por él previsto; se trata más bien de un ejemplo que él expone; y por consiguiente, el intérprete puede y debe admitir que la misma decisión se da en los casos no previstos en los que haya el mismo motivo para decidir. Haciéndolo obedece la voluntad del legislador».

B) Pasando a la posición de la pandectística alemana, podemos tomar como prototipo a SAVIGNY con su *Sistema*. Este (56) plantea la

(54) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxeles, Bruylent, Christophe et Cia. 1887, 276, p. 351.

(55) *Ibid.*, 277, pp. 251 y ss.

(56) F.C. VÓN SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, 2.^a ed. en castellano, Madrid, C.E.D. Góngora, s.f., vol. I, XLVI, *cfr.* pp. 231 y ss.

cuestión de la analogía del siguiente modo: «Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión de derecho, debemos llenar esta laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como la unidad». El modo de efectuarlo que él siguió era conforme al positivismo jurídico. Partía de que «el derecho positivo se completa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica»; y entendía que, por la virtud de la analogía, «se restablece la unidad del derecho» y «se llenan las lagunas en el derecho».

«La base de toda analogía —advertía— es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan».

El fundador de la Escuela histórica del derecho distinguió las formas de la analogía que tradicionalmente se han denominado *analogia legis* y *analogia iuris*. Para emplear en general la analogía —dice— debemos partir siempre «de un conjunto dado con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solución de la dificultad. Algunas veces la materia dada es una ley particular, y entonces se dice que la decisión se saca *ex argumento legis*; pero ordinariamente debemos buscarla en la teoría de derecho formada por vía de abstracción».

Ambas clases de analogía las diferenciaba, a su vez, de la interpretación extensiva, con las cuales —advirtió— «se la confunde a menudo sin razón, pues la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto [es decir, con la analogía] suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del derecho».

A efectos del recurso a la analogía no distinguía normas generales y particulares sino derecho normal y derecho anormal, cuya categoría asimila el *ius singulare*; y precisa que la analogía debe buscarse «no en el *ius singulare*, sino en los principios del derecho normal, en vista de que la interpretación por vía de analogía descansa sobre el ordenamiento interior y necesario del derecho, cosa que falla en las reglas anormales transplantadas al dominio del derecho».

Advirtamos que la analogía para los jurisconsultos clásicos era, sin duda, un recurso de la *interpretatio*. Pero, es de notar que SAVIGNY partía del concepto restrictivo de la interpretación que, en su tiempo, estaba reducida a la intelección y a la aplicación de la ley. Por eso, dice que los romanos «no distinguen claramente la formación del derecho de la interpretación pura».

El entendía (57) que esa interpretación «pura» o «verdadera» corresponde al juez, mientras que la interpretación trascendental

(57) *Ibid.*, LI, p. 255.

—extensiva y restrictiva— debería corresponder a un tribunal superior organizado de manera semejante al tribunal de casación de Francia; y que así este podría ejercer una influencia saludable, semejante a la ejercida en Roma por el pretor y los jurisconsultos.

C) Entrando en la concepción de la analogía que ha tenido el positivismo legalista en este siglo, tomamos como figura representativa a NORBERTO BOBBIO (58) porque se ha ocupado muy especialmente de la analogía.

BOBBIO, con su habitual claridad, centró así la actividad interpretativa según el positivismo jurídico (59) «La interpretación es generalmente *textual*; en ciertas circunstancias (cuando es preciso integrar la ley) es *extratextual*; pero nunca puede ser *antitextual*, esto es ir contra la voluntad que el legislador ha expresado en la ley». El positivismo jurídico —reitera— admite la existencia de lagunas entendidas, en cierto sentido, «como incompleta formulación de la voluntad del legislador»; por lo cual, «admite, además de la interpretación en sentido estricto, también la integración del derecho por la jurisprudencia, pero poniendo en relieve que tal integración no es una actividad *cualitativamente* diversa de la interpretación (o sea, no es una actividad creadora), sino, al contrario, es una especie particular del *genus* interpretación. En este sentido se habla de *interpretación integrativa*, para indicar que la integración se produce en el interior del ordenamiento, con los medios por el mismo predispuestos (*autointegración*)».

Explica que esto es así porque puede sobreentenderse que todo ordenamiento incluye «dos normas generales de clausura; la *norma general exclusiva*, que califica de ilícitos los comportamientos no expresamente regulados; y aquella que podemos llamar *norma general inclusiva*, que somete los casos no expresamente regulados, pero similares a los regulados, a la disciplina de éstos; cuando el intérprete basa su argumento en el *argumento a contrario*, acude a la norma general exclusiva, en cambio, cuando se apoya en la argumentación analógica, acude en la norma general inclusiva».

(58) NORBERTO BOBBIO se ha ocupado especialmente de la analogía en diversas ocasiones: *L'analogia nella logica del diritto*. Memoria dell'Istituto Giuridico XXXVI, Turín 1938; *In torno al fondamento del procedimento per analogia*, Giurisprudenza italiana 1968, pp. 3-9; «Novissimo Digesto italiano», y vol. I. Turín, UTET 1957, voz *Apología*, pp. 601 y ss.; vol. XIII, 1966, voz *Principii generali de diritto*, pp. 887 y ss; *Ancora in torno della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*. Giurisprudenza Italiana, 1968, pp. 695-702. La última síntesis de su pensamiento, a este respecto, puede considerarse contenida en *Il positivismo giuridico*, 56, lecciones recogidas por NELLO MORRA, Turín, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Ed., s. f., pp. 28-288, a la cual, por esta razón, daremos preferencia en nuestras citas.

(59) NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turín, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Editrice, s.f., 56, pp. 280 y ss.

El reconocimiento de esa norma por el ordenamiento jurídico puede ser explícito o implícito, con la particularidad —según entiende BOBBIO— de que para excluirla es necesario que esa argumentación sea expresamente prohibida, como ocurre en el derecho penal por el principio *nullum crimen, nula poena, sine lege*.

La integración, según el positivismo jurídico, «es una actividad puramente interpretativa porque el razonamiento por analogía es un razonamiento lógico, es decir, de tipo silogístico (hoy, diríamos que es un juicio analítico, o una tautología) que se limita a poner en claro ciertas consecuencias que se hallan ya implícitamente contenidas en la premisa dada».

El argumento por analogía —explica (60)— «tiene una estructura similar al silogismo, con la diferencia de que su premisa menor, en lugar de hallarse constituida por una aseveración de identidad, lo está por una aseveración de semejanza. Para mostrarlo pone un ejemplo de cada uno.

— Razonamiento silogístico: Todos los hombres son mortales, Sócrates es un hombre, luego Sócrates es mortal.

— Razonamiento por analogía: Los hombres son mortales, los caballos son similares a los hombres, luego los caballos son mortales.

La diferencia de ésta con el silogismo consiste en que el razonamiento por analogía no tiene tres términos sino cuatro, *quatermo terminorum*, porque se introduce un cierto término que expresa el por qué de la similitud. El ejemplo que él pone, es éste: los hombres son seres vivos, los seres vivos son mortales, los caballos son seres vivos como los hombres; luego, los caballos son mortales.

Como observa, «mientras en el silogismo la conclusión siempre es necesaria (verdadera), en el razonamiento por analogía no siempre ocurre esto así: de hecho, la *semejanza* existente entre el sujeto (en nuestro ejemplo, los hombres) y el término medio (los caballos) puede ser *relevante* o *irrelevante*; y sólo cuando la semejanza es relevante la conclusión es exacta». Como ejemplo de irrelevancia pone el de que la semejanza en color del automóvil, es irrelevante para que su velocidad sea igual o no lo sea.

Por ello pregunta cómo se determina si una semejanza es relevante o no lo es; y responde que lo es si una entidad tiene en común con otra aquellos elementos que son la *condición* o *razón suficiente* para que se le atribuya cierto predicado. Según la doctrina —dice— existe razón suficiente para aplicar la analogía cuando los dos casos muestran «la misma *ratio legis*»; es decir, cuando el elemento que ha inducido al legislador para regular jurídicamente de cierta manera el primer caso se encuentra también en el segundo caso. «La comunidad de la *ratio legis*

(60) *Ibid.*, pp. 283 y ss.

entre dos casos constituye, por lo tanto, en el campo jurídico aquella comunidad de razón suficiente que legitima el razonamiento por analogía». Como dice el viejo brocardo, «*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*».

«La capacidad de *expansión lógica* del ordenamiento jurídico, de la que habla la doctrina, halla su fuerza impulsora precisamente en la *ratio legis*; es la razón de una norma, la que hace que ésta sea capaz de disciplinar otros casos además del expresamente previsto en ella».

El positivismo jurídico sólo añade aquí —dice— «cierta justificación de la legitimidad del razonamiento analógico; y ésta se pone en el concepto de *voluntad presunta* del legislador.

Aquí BOBBIO diferencia: *interpretación extensiva, analogia legis* y *analogia iuris* (61). Señala que la *analogía legis* es más afín a la interpretación extensiva, a pesar de su diferente nombre, que a la *analogía iuris*, porque su procedimiento interpretativo es diverso.

Entre las dos primeras ocurre que, «mientras en la *analogía legis* se formula una nueva norma, similar a otra existente, para disciplinar un caso no previsto en ésta pero similar al en ella regulado», en cambio, «en la interpretación extensiva se amplía el supuesto de hecho establecido en una norma, es decir se aplica esta misma norma a un caso no previsto en ella, pero parecido al expresamente regulado». Pero —observa—, «en realidad la interpretación extensiva es una forma atenuada de interpretación analógica, con la función de admitir en medida reducida el recurso a la analogía en aquellos sectores del derecho (como el penal) en el cual ésta se halla prohibido».

En cambio, la *analogía iuris* —dice— es «el recurso a los principios generales del derecho»; por lo cual, constituye una forma de interpretación diversa de la *analogía legis*, porque «no se basa en el razonamiento por analogía, sino en un doble procedimiento de abstracción o de subsunción de una especie de *genus*». En el proceso de *abstracción* se induce como principio «una norma general no formulada por el legislador, pero de la cual son aplicaciones singulares las normas singulares expresamente establecidas». El proceso de *subsunción*, consiste en «aplicar esa regla general a aquellos casos que, no estando regulados en normas singulares expresas», se hallen comprendidos «en el ámbito de los casos previstos por la misma norma general».

Parece que la perspectiva de la analogía mostrada por el positivismo jurídico se apoya en la lógica; y, sin duda, por eso, los lógicos se han esforzado en hallar la formulación del razonamiento por analogía. Vámonos a examinar brevísimamente los principales intentos.

(61) *Ibid.*, pp. 287 y ss.

a) ULRICH KLUG ha examinado hasta qué punto con los medios lógicos es posible resolver el problema de la analogía. Ese intento se ha efectuado tanto con la lógica clásica, como en la moderna (62). En aquélla distingue:

— Las tesis que admiten una analogía incompleta y otra completa (exacta). Posición defendida por DROBISCH, quien entiende que esta última no tiene por qué restringirse al orden matemático, y que la analogía incompleta como la inducción incompleta se acerca progresivamente a la completa. También es aceptada esta tesis por WUNDT, quien atribuye a la analogía completa una forma cuantitativa y a la incompleta una forma cualitativa; la primera corresponde a la que ARISTOTELES denominaba analogía y que hoy denominamos proporción; y la segunda corresponde a la que el ESTAGIRITA denominaba paradigma, consistente en un caso mixto de conclusión inductiva y de subunción.

Las posiciones que no admiten ninguno de estos dos tipos, niegan de modo absoluto que la analogía sea un tipo independiente de la deducción; pero la admiten como método eurístico dirigido a descubrir nuevos caminos. A igual resultado llegan también quienes, como PFAENDER, consideran que la conclusión por analogía no tiene independencia formal sino que su valor se halla condicionado por el contenido y las relaciones concretas; por lo cual, no cabe tratar de ella en la lógica pura o formal.

— Y aquellas tesis que adoptan un punto de vista intermedio, admiten como paradigma la analogía imperfecta pero no la perfecta. Así la han entendido ARISTOTELES y J. VON KRIES. Ambos distinguen una conclusión inductiva y el juicio de semejanza al cual se llega a partir de aquélla; por lo cual —no con seguridad pero sí con probabilidad de validez— se concluye así el juicio «B es semejante con A en cuanto al contenido». También cataloga en este grupo a ZIEHEN, quien opina que la conclusión por analogía «es una conclusión que progresa por intermedios, mas sin concepto medio», y se hace por una «semejanza aditiva».

En sus observaciones críticas, KLUG (63), indica como objeciones más inmediatas al carácter lógico de la analogía:

— Que en la lógica clásica el problema de la analogía, en todo caso, hay que reducirlo a un tipo mixto de consecuencias integrado por inducción incompleta y silogismo o bien tomarla como un tipo especial de conclusión. En el primer caso, según la lógica clásica, inducción y silogismo se presentan como leyes no deducibles; y en el segundo resultará irreductible como ley lógica. Puede darse, sin dificultad, que

(62) ULRICH KLUG, *Lógica jurídica*, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1961. 9, 2, pp. 155 y ss.

(63) *Ibid.*, 3, pp. 175 y ss.

existe un gran número de leyes no derivadas o derivables sin que sea posible formar con ellas un sistema axiomático genuino.

— Falta una definición exacta de « semejanza ».

— La denominada analogía exacta no es posible en las cuestiones de analogía con contenido peculiar; y, por tanto, también se hallan fuera de la lógica jurídica, pues sólo puede darse en los dominios cuantitativos.

— La pretensión de calcular el grado de semejanza por la proporción de notas concordantes y no concordantes, que haya entre los términos analogables, flaquea porque no es posible indicar con rigor el número exacto de las notas de un concepto.

— No permite ninguna decisión unívoca acerca de la relación entre homología —o equivalencia, en sentido morfológico o estructural— y analogía en sentido estricto —es decir, en perspectiva funcional—, por lo cual la teoría resulta vaga porque, en definitiva, se trata sólo de un ensayo de distinción entre casos especiales en la conclusión analógica general.

— También se confunde entre el punto de vista genérico y el punto de vista semántico, si —como MACH— se reduce el problema de la analogía a un complejo de cuestiones de psicología, observando si, en la conclusión analógica, la diversidad y concordancia de dos conceptos «ascienden a conciencia»; con lo cual no se alcanza solución alguna en la cuestión que versa acerca de cuándo será lógicamente correcta y legítima la conclusión analógica; pues, para resolverla, carece de importancia sobre, cómo y cuándo llega a la conciencia.

— En la teoría de ZIEHEN, tanto la exigencia de cosimilitud según las semejanzas —que denomina frustral, propinqua y cognata—, como el examen detenido de la definición de éstas, poco ayudan para distinciones exactas.

Por lo que se refiere a la lógica moderna, expone KLUG (64) que, al traducir el esquema más simple del razonamiento analógico: M es P, S es semejante a M, luego S es P, resulta:

1) En el lenguaje del *cálculo de predicados* de HILBERT ACKERMANN, la proposición S es semejante a M, no halla fórmula adecuada para ser transformada es premisa menor; porque, es ese cálculo, la relación «es semejante con» no está definida.

2) En el *cálculo de las clases* o, *conjuntos* tampoco se halla fórmula universalmente válida, para designar la equivalencia con la propiedad de «ser semejantes con M».

3) En el *cálculo relacional*, partiendo del *círculo de semejanza*, la premisa menor: es semejante a M —decisiva en la estructura del argumento por analogía—, tiene evidentemente que expresar que «todos

(64) *Ibid.*, 4, pp. 178 y ss.

aquéllos [casos] que tienen la propiedad S, pertenecen al mismo círculo de semejanza determinados por la M». Pero esa expresión no se alcanza, por lo cual, estima KLUNG que queda «en claro que un análisis más detallado de la analogía da razón a aquellos representantes de la lógica clásica que opinan que a la conclusión por analogía le falta estructura propiamente lógica».

Con esta perspectiva se enfrenta con el tema de qué se precisa para que haya analogía jurídica. Observa que el hecho de determinar que un dato pertenece al círculo de semejanza de tales presupuestos, no basta para decidir que tengan vigencia para él las secuelas jurídicas respectivas; pues, esto requiere, además, que se reúnan las condiciones suficientes para que entren en vigencia las secuelas jurídicas acerca de cuándo una determinada conclusión analógica es o no admisible.

Según el círculo de semejanza, correspondiente al caso, según «se trace de manera más o menos estrecha, podrán sacarse más o menos conclusiones analógicas. Pero sin una definición precisa de sus límites no puede concluirse nada». Tanto es así —dice— que, «para los objetos más diversos es factible definir un círculo de semejanza, con que sólo haya entre ellos cualquier igualdad parcial. En el caso extremo estaría, por ejemplo, la semejanza de dos cosas respecto de su propiedad de ser *objetos*.

»Así —concluye (65)— será decisivo el punto de vista que se adopte. No se da, pues, más restricción que la impuesta por la finalidad.

»Por tanto, los criterios sobre la admisibilidad lógica de una conclusión analógica no son lógicos, sino teleológicos, mientras no se haya definido delimitadamente el círculo de semejanza. Sólo si se ha llegado a definir delimitadamente el círculo de semejanza, la analogía tomará forma exacta y precisa, y entonces podrá decidirse de manera unívoca la cuestión de si una determinada conclusión analógica está o no lógicamente permitida.

Ahí está la cuestión previa —que no es lógico formal— de determinar *en cada caso*, el círculo de semejanza que es requerido en concreto para formular de modo lógico la conclusión analógica.

b) GEORGES KALINOWSKI (66) tiene una concepción contraria de la tradicional en cuanto las perspectivas del razonamiento analógico. Parte de que el razonamiento por analogía «no sigue a la inducción sino que la precede y prepara. Sirve para anticipar y, para avanzar aquellas hipótesis que, una vez estén suficientemente verificadas, permitirán la generalización inductiva; pero que antes continúan siendo

(65) *Ibid.*, p. 186.

(66) GEORGES KALINOWSKI, *Introduction a la logique juridique*. París, Lbr Gral. de Dr. et Jur. 1965, cit., IV, 2, d, pp. 148 y ss.

hipótesis, directamente concernientes a una especie —y no a un individuo— o a una clase de casos —y no a un caso concreto.

Esta inducción —explica (67)— es una inducción incompleta, denominada también *inducción amplificante*, que elabora «una proposición universal, pero en principio únicamente probable». En ella, «el paso intelectual de las premisas a la conclusión se funda en el carácter supuestamente esencial, para la especie dada, de la propiedad (o de la ausencia de propiedad) constatada en las premisas».

Concluye KALINOWSKI: «La inducción amplificante, en principio, no conlleva sino una conclusión probable. Ya que ésta es una proposición universal que se pronuncia respecto de todos los individuos de una especie, cuando cierto número de ellos solamente —aquéllos de los que propiamente hablan las premisas— fueron efectivamente examinados; no obstante, en algunos casos basta analizar algunos individuos de una especie, o incluso sólo uno en cierto supuesto límite, para adquirir no sólo una opinión más o menos probable, sino la certeza acerca de tal o cual propiedad esencial de la especie dada. Es suficiente conocer el organismo de un solo ser material vivo para poder pronunciar con certeza que todo animal es mortal. Del mismo modo que la reducción, la inducción incompleta aporta excepcionalmente una conclusión cierta».

Pero esto queda fuera de toda lógica formal, como ha concluido MANUEL ATIENZA (68) diciendo que en la analogía «entra siempre un componente axiológico [yo diría óntico, en toda su amplitud física y metafísica] que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, de la lógica deóntica, de la lógica inductiva, de la lógica de probabilidad, o de la lógica de lo borroso». Por eso mismo, ha dicho con razón LUIS FIGA (69) que el razonamiento por analogía «es, muy lógicamente, silenciado por la lógica moderna».

4. LA ANALOGIA EN LA SUPERACION DEL POSITIVISMO LEGALISTA

En la parte histórica de esta obra (70) hemos visto cómo la doctrina jurídica ha abandonado los estrechos moldes del positivismo normativista y ha recurrido a otras direcciones que oscilan desde el movimien-

(67) *Ibid.*, e, pp. 149 y ss.

(68) MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, Civitas. 1986, VII Conclusiones, 4, pp. 180 y s.

(69) L. FIGA FAURA, *La analogía*. «Curso de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil». Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona 1975, p. 51.

(70) *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, 274-331, pp. 989-1269.

to del derecho libre, el sociologismo jurídico, la fenomenología, el neokantismo y el neohegelianismo, el existencialismo moderado, la *Wertungsjurisprudenz*, el retorno al derecho natural clásico, o bien a otras corrientes que han combinado estas direcciones o introducido variantes en ellas. Naturalmente, todas repercuten en la concepción de la analogía. Especialmente las posiciones adoptadas respecto de ésta se hallan interrelacionadas, y en cierta relación de dependencia, con las matenidas respecto de los principios generales del derecho.

A grandes rasgos, podemos diferenciar, en términos generales, varias posiciones mantenidas acerca del razonamiento analógico, según se le haga dependiente:

- Del sentimiento jurídico o de la intuición subjetiva del juez.
- De la concepción valorativa dominante, de la que dimanen los principios generales del derecho en función iluminadora de todo el ordenamiento jurídico.
- De los principios de justicia, con sus diversas concreciones, en su función vivificadora de las normas jurídicas vigentes.
- De la naturaleza de las cosas y de cada cosa.

En este epígrafe tomaré varios autores como modelos ilustrativos, a fin de mostrar plásticamente, aunque en líneas generales, las referidas posiciones, advirtiendo que éstas aparecen combinadas en varios de ellos.

A) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, con una diferencia de tiempo de dieciocho años, se ocupó dos veces de modo específico de la analogía. La primera vez en 1914 (71) y la segunda, como Presidente del Tribunal Supremo, en su discurso de apertura de los Tribunales de 1942 (72).

En 1914, para alcanzar el meollo de la analogía, observó cuál es el elemento jurídico común entre unos contratos tan diferentes como la permuta y el de arrendamiento, que es su carácter sinalagmático. Determinado éste, la justicia pide que a uno y otro contrato sean comunes tanto la resolución tácita por incumplimiento (arts. 1124, 1156, etc., C.c.) como la obligación de sanear por evicción. Así le resultaba de conformidad a las acepciones históricas de la *ratio iuris*. Por eso, expuso: «al decir igualdad de razón no nos referimos a la ocasión de la ley ni al fin que el legislador se propuso», «sino al principio que sirvió de fundamento inmediato a la disposición legislativa. Entrevisto el principio, desde él se descubren más amplios horizontes, y dentro de aquél se disciplinan y contemplan los casos previstos y los no previstos por el legislador. La concepción del principio de ley y el conocimiento

(71) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO. *La analogía en el Código civil español*, R.D.P. I., 1914, pp. 369-176.

(72) *Ibid.*, *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1942*, Madrid, Instituto Editorial Reus 1942.

de la naturaleza real del caso no previsto por el legislador, son los polos y términos entre los que se mueve el procedimiento analógico». de ahí resulte que «la virtud de la analogía no es infinita y hace pensar en otros medios de impulsión y progreso del derecho positivo».

En 1942 su perspectiva de la analogía fue más amplia y más elevada. Partió de que el «guión jerárquico tan sólida y elegantemente expresado por la *philosophia perennis*, en la trilogía de la ley eterna, ley natural, ley positiva, social y humana, debe ser nuestro punto de partida y apoyo; lo que quepa dentro de sus mallas y sea conforme a sus dictados puede y debe ser aceptado como ley de vida, y lo que no, rechazado» (73). De tal modo el orden jurídico «no es una masa inerte de principios y preceptos mere coexistentes, sino un cuerpo orgánico de normas íntimamente conexas, enlazadas; y los principios que están en la base llevan al germen de incalculables desarrollos». La fuente inspiradora de ellos, se halla soberanamente en la ley moral (derecho natural) (74).

Por eso, advierte que la ley no absorbe todo el derecho, sino que de él es manifestación imperfecta; que la interpretación puede ser de la ley o del derecho, y que ella «extenderá su mirada a todas las manifestaciones del derecho insitas en los hechos e instituciones sociales, buscando el sentido genuino no de una ley sino de la legislación general, jurisprudencia y principios generales de derecho, de los hechos sociales y sus transformaciones (espíritu del pueblo) y exigencias y necesidades sociales» (75).

Esta distinción entre *interpretatio legis* e *interpretatio iuris* la proyecta en el examen de la analogía, que —dice— «gira y trabaja sobre el derecho positivo y alcanza sus resultados por apreciación de normas jurídicas positivas». Todo «gira en torno a la distinción entre ley y derecho», que «en cierto modo se implican». La analogía, «que emplea el intérprete, juzgador o ciudadano, al redondear una institución o reglamentarla de nuevo», no surge en todo caso «*ex capite* meramente, ni sin otro fundamento que el capricho del intérprete, sino que se extrae del fondo social, del ambiente general jurídico ya incrustado en la conciencia común y fecundado por los principios sustanciales de justicia». Además, principios y hechos, necesidades y forma jurídica de satisfacerlas, están ya dotados y establecidos, fuera del legislador y del intérprete (76).

El intérprete —concluye (77)— «maneja la analogía y demás procedimientos de investigación, que no son fuentes formales, con una superior libertad de apreciación no limitada más que por las exigencias objetivas de la justicia y la utilidad».

(73) *Ibid.*, p. 8.

(74) *Ibid.*, p. 48.

(75) *Ibid.*, pp. 31 y ss.

(76) *Ibid.*, pp. 61 y ss.

(77) *Ibid.*, p. 66.

B) JOSE CASTAN TOBEÑAS, antes de formular sus propias conclusiones en relación con el derecho español, recogió, comparó y analizó cuidadosamente todas las concepciones que en torno de la analogía han sido expuestas (78).

También distinguió la *analogía legis* y la *analogía iuris*.

a) De la *analogía de ley* dice (79) que es «un instrumento de expansión lógica del derecho positivo, a base de la generalización del contenido de las normas», que tiene meramente una función *limitada*, pero útil y necesaria dentro de los contornos que le son propios». En ella observa dos elementos:

— Un elemento de identidad, no en todas las circunstancias del caso o relación (que siempre y en buena parte han de ser diferentes), pero sí en aquellos elementos esenciales o relevantes, de importancia jurídica decisiva para la resolución de aquél.

— Y, «un elemento de *generalización*, más o menos desenvuelta».

Concuerda con BLAS PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER en entender que «las categorías de lo particular y lo general, en el ordenamiento jurídico, suponen no un dualismo tajante, sino una graduación de infinitos matices» (80).

b) Respecto de la *analogía de derecho* observa (81) que «no hay dificultad seria» en admitir que en los principios generales del derecho «va envuelto el procedimiento analógico, según reconoce la generalidad de nuestros tratadistas. El matiz diferencial, entre la analogía y los principios generales del derecho, a través de la zona fronteriza o mixta que la *analogía iuris* representa, es muy tenue y puramente relativo». Coincide con DE CASTRO en que es preciso cuidar de que «el principio de mayor amplitud que, con relación a la norma entendida, presupone la analogía, no puede nunca chocar con los principios más generales, básicos y orientadores del sistema».

Como consideración final, indica (82) que, para la utilización de la analogía en el derecho español, es necesaria la concurrencia de los tres siguientes requisitos:

«1.º Existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado, de tal modo que éste no puede decidirse ni según la letra, ni según el sentido lógico de las normas legales aclarado por la interpretación, ni tampoco por la costumbre del lugar.

(78) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* III, II, 4, pp. 301-324.

(79) *Ibid.*, 4, F, pp. 324 y ss.

(80) *Ibid.*, pp. 325 y s.

(81) *Ibid.*, p. 326

(82) *Ibid.*, pp. 327 y ss.

»2.^o Concurrencia de *eandem ratio decidendi*», o sea «de igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o supuestos no previstos por el legislador». Para comprobar si existe esa identidad de razón decisoria, «se han de tener en cuenta no los elementos accidentales y accesorios sino los elementos esenciales, jurídicamente relevantes, los que constituyen el fundamento o *ratio iuris* de la norma. En esta selección jurídica radica la sagacidad y sentido jurídico del intérprete». Lo cual, dice citando a JAIME GUASP, «no puede hacerse sino a base de una investigación delicada del fin de la norma (jurisprudencia teleológica), de la ponderación de intereses (jurisprudencia de intereses), o incluso de la exploración de la convicción jurídica de la comunidad (*Rechtsfindung*) en sentido estricto».

3.^o Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía...».

c) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (83) considera que la esencia de la analogía consiste en que, por ella, se asciende a un principio que resulta común al caso regulado y al que se trata de resolver. Es decir, DE CASTRO prescinde del *quatermo modo* indagatorio y se centra en la relación triangular, en la cual el principio constituye el vértice superior del triángulo. Así dice: «La analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de semejanza». «no supone un simple pasar de lo particular a lo particular, sino que requiere subir al principio general de otro particular (con el que tiene la nota común), para saber si puede también comprender el caso considerado». En derecho, significa «buscar la solución para un caso no regulado por la ley, ensayando la aplicación del principio que informa una disposición legal reguladora de un caso distinto pero semejante (que tiene con aquél algún carácter común). No es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino —cuando ello sea permitido— el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley. Se trata, pues, de una manifestación del poder regulador de los principios generales, cuya especificidad está en que su aplicación se apoya —y así se facilita— en uno o varios textos legales que revelan su existencia».

En nota, destaca F. DE CASTRO que «es preciso salir de la ley para que el principio abarque un caso más de los regulados legalmente». A su juicio: «Esa independencia de la analogía respecto del derecho positivo explica el hecho de que los resultados de la analogía puedan ser distintos, en base a las mismas leyes, según los tiempos, p. ej.: se señala que un romano del siglo V de Roma nunca hubiera aceptado, como lo hará en el siglo II d. J.C., la analogía entre la lesión corporal de un hombre libre con la sufrida por un esclavo o un animal». A este respecto cita un texto de REGELSBERGER. Entiende que esos

(83) F. DE CASTRO Y BRAVO. *Parte general*, IV. VI. 2. pp. 535 y s.

principios no son abstraídos de las mismas normas —que pueden mostrar aplicaciones suyas— sino que tienen sustantividad propia.

«La analogía o la semejanza (como el parecido o la metáfora) no crean la regla decisoria, no originan nueva verdad o evidencia, sirven para indicar una posible solución». Por ello, «no es un verdadero principio jurídico; resulta permitida por una concepción jurídica (la del *ius aequum*) y conduce a la aplicación de algún principio jurídico expresado o implícito en un texto legal».

La aplicación de ese principio «no resulta de modo inmediato o directo, sino a través o mediante un texto legal (o consuetudinario) regulador de un caso parecido (diferente). La semejanza tiene una doble función preparatoria: señala la posibilidad del procedimiento (síntoma) y es indicio de existencia de un principio aplicable (presunción). Queda todavía la operación final, comprobar la naturaleza y extensión de este principio y, conforme ellas, llegar a una conclusión positiva o negativa sobre el encaje o adecuación del caso respecto al principio».

Tratando del alcance de la analogía, comienza CASTRO Y BRAVO (84) por diferenciarla de la interpretación extensiva o comprensiva. Esta la refiere a la misma institución a la que corresponde el caso. En cambio, el procedimiento analógico «presupone la falta de regulación para el caso (incluso interpretándolo extensivamente) en la institución propia y que, por esto, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones para ir ensayando otros principios. Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas sólo de otra institución y de *analogia iuris* en el caso de ser necesario utilizar reglas de varias instituciones».

Para concretar el alcance de la aplicación analógica propone, atendiendo al carácter de la regla jurídica por la cual determina su alcance, la siguiente clasificación: «1.^o Refleja un principio de carácter general extrapositivo de la regla —por medio de esa analogía—, no tendrá más límites que el opuesto por otra regla legal, 2.^o Esta informada por un principio de carácter general, pero de origen positivo; con poder expansivo según su *ratio*. 3.^o Se trata de regla de carácter especial; limitada por su especialidad, no puede exceder de ella mediante el artificio de la analogía (aunque dentro de este espacio, sí puede jugar)». En fin, «4.^o Las reglas que antes se designaban con el carácter de “odiosas”, como las sancionadoras y fiscales, las de carácter excepcional, ocasional, creadoras de privilegios en sentido estricto, carecen de principios de carácter general y, por eso, no son aptas para su extensión por analogía».

D) EMILIO BETTI también examina la utilización de la analogía a la luz de los principios generales de derecho en el caso de que el intérprete atienda a la «similitud o afinidad del caso con los disciplina-

dos por disposiciones precisas; a la analogía de la materia con otra que es objeto de regulación jurídica; en suma, a la contigüidad del caso con aquellos casos y materias con indudable relevancia jurídica» (85).

El propio BETTI en el recurso a la analogía distingue dos grados superpuestos:

a) El de la *analogia legis*, en el caso de similaridad del caso o de la materia de que se trate con otro caso u otra materia disciplinadas; «se tratará, en ese caso, de indagar si se da una congruencia de *ratio*, o sea una correspondencia de valoración normativa», que pueda «justificar la extensión del mismo tratamiento al caso no contemplado según el canon hermenéutico de la *convenientia rationis* “*ubi eadem (congruens) ratio, ibi eadem dispositio*”».

b) El de la *analogia iuris*, utilizable cuando el caso no pueda resolverse por *analogia legis* y quede dudoso por no ser aplicable tampoco el *argumentum a contrario*, que llevaría a una solución negativa.

Indica que a la *analogia iuris* puede recurrirse en dos diferentes direcciones alternativamente:

— «sea, dirigida a una autointegración que opera, reconocible según un diseño de racional coherencia en el orden jurídico, en virtud del canon hermenéutico de la totalidad y el de la adecuación del entendimiento»;

— o bien, «sea dirigida a una heterointegración, que supla la deficiencia de la disciplina legislada, alcanzando una fuente situada al margen del *ius conditum* y, en este sentido, ajena a las fuentes de derecho reconocidas.

En esta *analogia iuris* por heterointegración, «el intérprete debe tener en cuenta, ante todo, las exigencias de la solución justa del caso en duda, después ha de adoptar el tratamiento jurídico adecuado a tales exigencias en correlación y en armonía con la coherencia interna del orden jurídico en el que debe insertarse. Ahora bien —advierte—, el recurso a la heterointegración sólo es consentido al juez de modo excepcional; eso es, cuando la decisión es remitida a una aproximación a la equidad».

E) KARL LARENZ examina la analogía cuando trata de la integración de las lagunas manifiestas (86).

En cambio, cuando se ocupa de la integración de las lagunas ocultas —es decir, aquéllas que, «en contra de su sentido literal pero de acuerdo con la teleología inmanente de la ley, precisan una restricción que no está contenida en el texto legal»—, al lado de la analogía, sitúa la extensión teleológica, que —dice— «se aproxima mucho, ciertamente, en sus efectos, a una analogía. En ambos casos, una regulación

(85) E. BETTI, *Teoria generale*, 62, pp. 842 y s.

(86) K. LARENZ, *Metodología*, II, V, 2, b, pp. 374-384.

se extiende a un hecho que no es abarcado según su posible sentido literal. En los dos se trata de la plena realización del fin de la regla legal y de evitar una contradicción de valoración que no está justificada. Por tanto, cuando existe una prohibición de la analogía, esta prohibición, tiene que valer también respecto de la extensión teleológica» (87).

La analogía la explica valorativamente (88), de conformidad a su posición dentro de la *Wertungsjurisprudenz*. A su juicio requiere dos hechos *similares*, es decir, «que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros»; por lo cual, «no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí; pero tienen que concordar precisamente en la *valoración jurídica*. Si éste es o no el caso puede determinarse, no sólo con ayuda de las categorías lógicas de *identidad* o no *identidad*, sino que requiere, ante todo, poner en claro los aspectos decisivos de la valoración expresada en la regulación legal». Se trata siempre —resume— «de un proceso de pensamiento jurídico valorativo y no únicamente de una operación mental lógico formal». Para efectuar aquel proceso valorativo, estima que es preciso «retornar a los fines e ideas fundamentales de la regulación legal, a la *ratio legis*».

Página y media después (89) trata de la distinción de esta *analogía legis* o *analogía legal*. —que cree más apropiado denominar *analogía particular*— respecto de la *analogía iuris* —que entiende es más exacto llamarla *analogía general*—. Acerca de esta segunda, indica que de varias disposiciones legales, que enlazan igual consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes, se infiere «un principio jurídico general, que se refiere tanto a los supuestos de hecho no regulados en la ley como a los supuestos de hecho regulados».

«Contra la calificación de analogía al procedimiento descrito —dice y comenta—, objeta CANARIS que aquí no se trata de una inferencia de lo especial a lo especial sino de lo especial a lo general; por lo cual, no se trata de analogía sino de *inducción*. No obstante, tampoco en el caso de la *analogía particular* se infiere inmediatamente de un especial otro especial, sino por mediación de lo común a ambos supuestos de hecho que se reconoce decisivo para la valoración». La diferencia la observa en que, en la *analogía particular* «no se trata de un principio general, que pretende tener validez para un número indeterminado de posibles configuraciones de casos, sino sólo, una vez más, del establecimiento de una regla para un supuesto de hecho delimitado». En cambio, en la *analogía general*, la obtención de un principio general «se basa en el conocimiento de que la *ratio legis* —común a todas las disposiciones individuales referidas— no sólo concierne a los casos particulares regulados, sino que se da siempre que existan determinados presupuestos indicados de modo general».

(87) *Ibid.*, d, p. 393.

(88) *Ibid.*, b, pp. 374 y ss.

(89) *Ibid.*, pp. 376.

«El retorno de todas las disposiciones particulares a la *ratio legis* posibilita la formulación de un principio jurídico general, que *parece evidente* por el contenido de justicia material a él inherente y se comprueba jurídico-positivamente por los casos regulados en la ley en concordancia con él. Siempre se ha de examinar al respecto, como el mismo CANARIS indica, si otras disposiciones legales no se oponen a la aceptación de un principio jurídico general; y, cuando ya pueda afirmarse un *principio jurídico general*, si su ámbito de aplicación no está limitado por un principio jurídico opuesto».

Por lo tanto —dice—, en el procedimiento de la analogía general es «decisivo retornar a la *ratio legis* común a todos los preceptos particulares, así como a su generalización».

E) La consideración de la *naturaleza de las cosas* como punto de referencia para la aplicación de la analogía, con raigambre en la *interpretatio* romana clásica y en el *ius commune*, y —tal como hemos visto recogido por MIERES (90)— entreligada con la equidad, ha vuelto a ser adoptado desde hace algo más de un siglo.

En 1872, F. ADICKES señaló que, más allá de la analogía de ley, existía el recurso por la analogía jurídica, observable teniendo en cuenta los elementos de hecho conforme la «razón universal», es decir, no a una razón subjetiva sino que se halle conforme la «naturaleza de las cosas» (91).

Hacia finales del siglo pasado F. GÉNY basó la que él denominaba *libre recherche scientifique*, en la naturaleza de las cosas, entendida ésta en su acepción omnicomprendiva. El propio GÉNY escribió (92) que la analogía «debe figurar, a lo menos, en primer lugar entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales debe distinguirse, tanto por su modo de obrar, cuanto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer».

Según este autor (93), «la analogía es un principio activo»; «es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del derecho»; y «está sobre las mismas realidades, porque constituye su síntesis y representa, por generalización, la balanza y el resultado de su equilibrio. Así comprendido es también el principio que nos aparece como la razón permanente y profunda de la ley (*ratio iuris*); es el único que puede y debe decidir respecto de la analogía». Su procedimiento «no hace más que traducir la armonía ín-

(90) Cfr. *supra*, párrafo que lleva la nota 31.

(91) Cfr. B. WINDSCHEID, *Pandectas*, 23, ed. cit., vol. I, p. 73, nota 1, en la que cita la obra de F. ADIKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, y, por su cuenta, añade que esa expresión se halla «bastante desacreditada», «no sin razón desacreditada».

(92) GÉNY, *Interpretación y fuentes*, 166, p. 534.

(93) *Ibid.*, 165, pp. 524 y s.

tima, uniendo entre sí las relaciones de derecho, y en definitiva pone en acción una idea mucho más alta: la idea de *igualdad jurídica*, única que justifica fundamentalmente la analogía».

Destacó (94) asimismo que las aplicaciones de la analogía se jerarquizan en una infinidad de grados, desde la extensión analógica de una decisión legal aislada e ínfima, hasta la generalización de los principios que dominan toda nuestra organización jurídica moderna» ... «puede elevarse hasta constituir una reunión de disposiciones dispersas y fragmentarias, mejor aún una condensación general del espíritu que las domina». Estas indicaciones, a su juicio. «bastan para entrever la amplitud; flexibilidad del procedimiento de analogía», que, «sin sujetarse a la voluntad misma del legislador», «busca y pone en obra los principios que por sí mismos se le imponen; y, sin embargo, procura al intérprete una dirección verdaderamente *objetiva*, descansando en el mismo sólido fundamento que es la base de la ley».

En fin, dice que «ofrece la ventaja de plegarse mejor que ésta a las influencias del tiempo y del medio, susceptibles de precisar el principio que ella hace valer y, quizás, de modificar sus contornos». La analogía —precisa— «se apoya en los elementos objetivos que ella descubre con ayuda de la ley». En suma, «constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal, y los de una investigación científica, elaborándose fuera pero al lado de los textos».

En 1965, ARTHUR KAUFMANN consideró la analogía y la naturaleza de la cosa como un mismo modo de pensamiento, pues entendió que todo comprender es «pensamiento analógico», dado que se piensa con «tipos» y «con relaciones de función», en una unidad de lo diferente. Para él, la analogía concibe el derecho como «correspondencia entre el ser y el deber ser» (95). En esto se inspira en el ESTAGIRITA y el AQUINATENSE, y destaca que «la doctrina filosófica de la analogía y la naturaleza de la cosa se remontan a ARISTOTELES y SANTO TOMAS DE AQUINO (96).

A. KAUFMANN observa que, en la realidad, no existe la igualdad material ni la diferencia total. En efecto, dice (97):

— «En casi toda la filosofía contemporánea, desde el racionalismo y también en KANT, la igualdad ha sido entendida como igualdad formal, como igualdad matemática, esto es, como identidad. Pero tal

(94) *Ibid.*, 166, pp. 525 y ss.

(95) A. KAUFMANN, *Panorámica histórica del pensamiento contemporáneo*, 2, 2, 4, 2, cuadro sinóptico; *cf.* en «El pensamiento jurídico contemporáneo», ed. en castellano, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 100 y *Analogía y naturaleza de las cosas*, VI y VII, pp. 87 y ss.

(96) *Ibid.*, *Panorámica histórica*, 2, 1, 4, pp. 56 y ss. y nota 22, p. 57, y *Analogía y...* IV, pp. 57 y ss.

(97) *Ibid.*, *Analogía y...* V, pp. 71 y ss.

igualdad no existe en la realidad. RADBRUCH dice que la “igualdad no es algo dado; las cosas y los hombres son tan diferentes como un huevo de otro; la igualdad siempre es sólo una abstracción, desde un cierto punto de vista, de la desigualdad dada”. “La igualdad formal, como abstracción del pensamiento, es expresable, por eso, sólo matemáticamente: $[a = a]$. Así anotó ya SANTO TOMAS DE AQUINO (*De Veritate* I, 11) que sólo los números son completamente idénticos unos de otros. De ahí que sean precisamente los conceptos numéricos, los únicos completamente determinados, unívocos en sentido estricto”.

— «En la realidad no existen dos “seres concretos” (*Scienden*) completamente diferentes, porque todos ellos son iguales al menos —aunque de ninguna manera por ello— porque “son”.

— «Igualdad y diferencia en sentido formal son los polos abstractos y, como tales, nunca reales, en cuyo interior se desarrolla la realidad. Nuestro interés se dirige ya a la mayor similitud, ya a la mayor disimilitud de los “seres concretos” y, de este modo, los designa como iguales o desiguales. No es la igualdad o la diferencia lo que nos es inmediatamente dado, sino lo análogo del ser; porque, aún antes de que nos sea conocido un principio de igualación o de diferenciación, las cosas son comprendidas en su similitud o disimilitud.

»ARISTOTELES, en su *Ética a Nicomaco* (V, 1130 y ss) ya subrayó claramente que el problema de la igualdad desemboca en el de la analogía». Lo justo —dijo— «no es una igualdad formal, sino una igualdad de las relaciones, es una proporción, una correspondencia, un punto medio. Pero el medio es una analogía. Ese punto medio, esta *analogicidad del ser*, constituye un presupuesto para que podamos alcanzar un orden en nuestro saber y en nuestras relaciones» ... «Orden —también orden jurídico— sólo existe con fundamento en la analogía del ser, que es el punto medio entre identidad y contradicción, entre igualdad y diferencia».

Según el propio KAUFMANN (98) la analogía se basa siempre en la *analogia entis* y la conclusión analógica es una “conclusión de nivel” (*Wiveanschluss*), mixta de inducción y deducción, que supera la aparente dificultad de «inferir que existe concordancia en cierta característica a partir de observar la concordancia de otras características», que se efectúa lógicamente por medio de «una *premisa latente*, tácitamente presupuesta; que constituye el presupuesto de la legalidad de los sucesos naturales». Por eso, la analogía «sólo conduce a juicios problemáticos, ya que la conclusión puramente inductiva no es coactiva. Sin embargo, no se sigue de ello que la analogía carezca de valor científico», pues «la analogía tiene el valor cognoscitivo, creador, que implica el hallazgo de algo “desconocido”, hasta entonces, por medio de una premisa latente».

(98) *Ibid.*, pp. 76 y ss.

También la analogía jurídica, «por lo general, pasa por una premisa latente: la identidad de *ratio legis* o de *ratio iuris*». Para el, «la racionalidad de la norma debe responder a la racionalidad de la cosa; debe existir una *identidad en la relación de sentido*».

Pero, añade: «Sólo bajo el presupuesto de una premisa latente, de un general, es posible la conclusión *a similibus ad similibus*», que «entra en juego cuando los objetos han sido hechos comparables, esto es, cuando han sido puestos en una relación de semejanza (esta *extensio* constituye el corazón de la analogía)», ya que «necesita un *tertium comparationis*. Lo verdaderamente problemático en la analogía es este *tertium*. Aunque siempre se ubica en el ámbito de lo provisto de valor y de sentido, la premisa latente es variable, porque el punto de vista de la comparación no es fijo, sino cambiante, aunque en ningún caso puede serlo cualquiera» ... «Lo decisivo es la elección del *tertium comparationis*, bajo el cual es observado lo que se ha de comparar». A. KAUFMANN (99) dice que el «*sentido*», la «*naturaleza de la cosa*», «es el lugar metódico en que se produce la conexión (correspondencia) de realidad y valor».

SCHAWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (100) ha afirmado que «los actos de “interpretación” y de “analogía” se hallan ligados a la noción de “naturaleza de las cosas”. Ya que los contornos de los conceptos y la orientación en los encadenamientos de los factores aceptados como parámetro, como elementos de orientación, dependerán de lo que la experiencia haya inscrito en el pensamiento y en la relaciones humanas».

Por otro lado, y aunque ciertamente LUIS FIGA no acude a la naturaleza de las cosas —y no acude por la razón dimanante del argumento del cual parten quienes afirman que existe una separación absoluta y radical entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser* o sea que ambos forman compartimentos estancos y autosuficientes; por lo cual entienden que un hecho nunca puede ser razón suficiente de una norma (101)—, hemos de hacer notar que, no obstante, poco después de manifestarse en ese sentido, él mismo destaca que, el razonamiento por analogía, por esa razón, es «silenciado por la lógica moderna», pero que, en cambio, «no es silenciado por la ciencia» puesto que ésta recurre la teoría de los «modelos» (102).

La creación científica —dice (103)— consiste en «el establecimiento de analogías fecundas». «El científico organiza datos en estado

(99) *Ibid.*, VII, pp. 90 y s.

(100) H.A. SCHAWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, París, La Haya, Mouton, 1973, *L'analogia* 12, p. 152.

(101) L. FIGA FAURA, *La analogía*, *loc. cit.*, p. 48.

(102) *Ibid.*, p. 51.

(103) *Ibid.*, pp. 53 y s.

bruto y con ellos procede —y éste es el título de una obra de CARNAP— a la *construcción lógica del mundo*. El mundo, físico o jurídico, *no es un dato* y el jurista tiene que acostumbrarse a ver —como el científico— y éste es otro título de una obra de TIERNO GALVAN *la realidad como resultado*».

Permítame mi amigo FIGA que matice esta afirmación suya que no está muy lejos de la genuína noción clásica de la naturaleza de las cosas. Los *datos* que el jurista observa en su mundo, cuando lo vive prácticamente, le sirven para construir la imagen de éste, en la cual: destaca los universales y da nombre a éstos y a los valores que abstrae; ordena instituciones y tipos, y se eleva hasta formular principios. Esta perspectiva es, ni más ni menos, la de la denominada por otros «naturaleza de las cosas»; es una primera imagen, que —advierto yo— debe ser continuamente contrastada con la realidad viva, observando comparativamente ésta y aquélla con *seny natural y bono rahó*.

FIGA sigue haciendo las siguientes consideraciones, con las cuales estoy completamente de acuerdo desde la perspectiva que tengo de la naturaleza de las cosas: «La aplicación del derecho no es una *técnica* repetible con la ayuda de fórmulas, como suponía la hermenéutica tradicional [sólo desde el siglo pasado], sino una *ciencia*; y del mismo modo como las obras de filosofía no enseñan una cosa llamada “filosofía” sino a filosofar, las afirmaciones de los juristas y las decisiones de los tribunales no son recetas que aplicar, sino ejemplos en los que aprender a razonar jurídicamente».

Y concluye: «La analogía no es un delicado toque de la fantasía que el legislador se permite introducir en nuestro ordenamiento legal, ni una concesión a la natural tendencia de los juristas hacia las formulaciones evanescentes y poéticas. Es, por el contrario, un elemento indispensable al derecho para que éste pueda estructurarse como esencia».

Aún, parafraseando un texto de CAMPBELL, recalca:

«La analogía no es una simple ayuda al establecimiento de la ciencia del derecho, es una parte esencial de ésta, sin la cual sería completamente inservible e indigna de este nombre».

5. PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE LA ANALOGIA

Después de observar las diversas perspectivas de la analogía que acabamos de hacer desfilar ante nosotros, creo que nos resultará más fácil concretar su perfil y resolver las antinomias que, respecto de ella, se observan entre unas y otras concepciones. Trataré de ordenar esas observaciones.

A) ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN

No ofrece duda que con el concepto amplio y genuino de la interpretación —el de la *interpretatio* romana clásica— la analogía forma parte importantísima de la interpretación. Pero, si la interpretación se reduce a la intelección y aplicación de las normas, entonces la analogía —como ya observó GENY (104)— queda fuera de ella, salvo si la desfiguramos completamente presuponiendo o fingiendo que el legislador ha percibido lo analógico que escapa a sus palabras.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (105) contempló con lucidez esa cuestión, al seguir el curso de las dudas que, desde SAVIGNY, ha padecido la ciencia del derecho. En dicho curso observó y mostró varios mojonos. En el primero, situó al fundador de la Escuela histórica del derecho, quién atisbó que la analogía traspasa los límites de lo que el mismo entendía por interpretación de la ley. En esto insistiría también THOL. Luego, le asignaron un carácter mixto: WACHTER, UNGER y WINDSCHEID. Tanto GÉNY —según hemos visto— como JHERING y especialmente DERNBURG y REGELSBERGER, separaron totalmente la analogía de la interpretación, en la concepción contemporánea de ésta, haciendo de aquélla un instrumento independiente de la elaboración jurídica. A juicio de DE DIEGO (106), no hay tal separación tajante y absoluta, sino que «la una, la interpretación, da el punto de partida y cede el paso a la otra, la analogía, exigiendo ésta un perfecto conocimiento de la ley y de los vacíos y lagunas, que ella pretende llenar, por lo que la interpretación la acompaña constantemente sin perjuicio de sus propios medios y criterios».

Para mí, la cuestión queda resuelta, sencillamente, con el retorno a la genuina concepción de la interpretación, que no es otra sino la que hoy se denomina *interpretatio iuris*, de la cual son elementos tanto la *intellectio legis* —impropiamente denominada interpretación—, como la analogía.

B) ANALOGÍA Y LAGUNAS DE LEY

Una tesis bastante general en el derecho continental ha sido que la analogía sólo puede tener lugar en caso de laguna de ley (107). Esta cuestión, sin duda, no se plantea en el *commom law* tratándose del

(104) GÉNY, *op. ult. cit.*, 165, pp. 530 y s.

(105) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Discurso de apertura de los Tribunales, del 15 de septiembre 1942, loc. cit.*, pp. 55 y ss.

(106) *Ibid.*, pp. 59 y ss.

(107) Cfr. MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, II, 5, 1 D, pp. 79 y ss. que matiza lo que aquí he expuesto sólo en líneas generales.

statute law y del *case law*. Cuando un juez del *common law* —explica ATIENZA (108)— entiende, por ejemplo, que la situación en que se encuentra una compañía de barcos (en relación con las reglas de la responsabilidad que le son aplicables) es semejante a la de un hotelero y no a la de un transportista, como un juez había decidido con anterioridad, no parece que esté llenando ninguna laguna, salvo la que él mismo ha creado al negar la analogía primitiva».

En el derecho continental, la expresada tesis general sólo es aceptable si la existencia de laguna legal no la circunscribimos a las que LARENZ denomina *laguna aparentes*, y que otros autores llaman *lagunas normativas*, y la extendemos a las *lagunas ocultas* —según la terminología de aquel autor— o lagunas axiológicas. Para esto el Código civil español no ofrece dificultad alguna; no la ofrecía en su originaria redacción ni la ofrece hoy en la vigente. En aquella —como hizo notar DE DIEGO (109)— «el adverbio exactamente, que emplea el art. 6.º del Código civil, contribuye a delinear mejor el campo acotado en la ley para dar solución a los casos prácticos». Y, en la nueva redacción, dada en 1974, el carácter informador del ordenamiento jurídico, que el art. 1.º, 4, asigna a los principios generales, implica la posibilidad, además de las normativas, de lagunas *axiológicas* o *teleológicas*. Por otra parte, tratándose de lagunas ocultas, como ha hecho notar certeramente LARENZ (110): «La constatación de la laguna y su integración se basan en las mismas consideraciones, cuando echamos de menos una regla en la ley para un determinado grupo de casos, que se corresponde con una regla dada en la ley para un grupo de casos que han de estimarse valorativamente igual, o cuando una regla legal permite echar de menos una restricción, exigida por su sentido y fin, por una norma de rango superior o por un principio inmanente a la ley. La regla, echada de menos en la ley es entonces, a la vez, la que se ha de añadir para colmar la laguna». «La analogía y la reducción teleológica son, por tanto, operaciones del pensamiento que no sólo sirven para la integración de lagunas, sino además para la constatación de lagunas».

En mi no dilatada práctica como abogado me he encontrado con un caso que reunía estas circunstancias de ayudar a descubrir una laguna y, a la vez, enseñar cómo cubrirla por analogía. Se trataba de un retracto ejercitado por un comunero contra otros dos condueños que habían comprado la cuota a un tercer comunero con dinero presuntamente ganancial. La demanda se apoyaba en que, según el art. 1347, 3.º, C.c., se consideran gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio con dinero ganancial. En cambio, conforme el art. 1346, 4.º, en caso de

(108) M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, VII, conclusión 14, p. 182, que cita a A. ROSS.

(109) DE DIEGO, *loc. ult. cit.*, p. 48.

(110) K. LARENZ, *loc. ult. cit.*, e, p. 396.

compra directa por un comunero de otra parte indivisa de la misma cosa común, ésta será privativa suya, aunque se pague su precio en dinero ganancial, el cual deberá compensarse a la sociedad al liquidarse ésta. En el recurso de casación, sostuve la aplicación analógica a ese caso, de la norma del 1346, 4.º, para llenar lo que, a la par, significaba una laguna oculta, teleológica y axiológica por reducción teleológica, del art. 1347, 3.º. Razón por la cual, el retracto no resultaba procedente. Pero, como he explicado en otro lugar (111), la cuestión no fue resuelta por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

C) DISTINCIÓN DE LA ANALOGÍA RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y DE LA EXTENSIÓN TELEOLÓGICA

Son muchos los autores que han tratado de distinguir la analogía y la interpretación extensiva. MARIA JOSE FALCON TELLA (112) ha estudiado cuidadosamente diversas opiniones emitidas al respecto, clasificándolas en: a favor y contrarias a la distinción y ha examinado los diversos argumentos aducidos en pro de diferenciarlas y los esgrimidos en contra de la distinción. CASTAN TOBEÑAS (113) explicó que la distinción «es teóricamente clara», pero que «prácticamente» el tránsito «es gradual y casi inadvertido» (114).

A mi juicio, la diferencia entre ambos procedimientos, e igualmente la que media entre la analogía y la reducción teleológica, no radica en el *fundamento* de aquélla, que se halla en la identidad o similitud de *ratio legis*, sino en el curso del *procedimiento*, es decir por el trayecto seguido para determinar el punto de referencia de la similitud. Es algo que —creo— fue observado claramente por FEDERICO DE CASTRO (115) cuando explicó que el procedimiento analógico «presupone la falta de regulación para el caso (inclusive interpretándolo extensivamente) en la institución propia y que, por eso, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones, para ir ensayando sus principios» (116)

(111) *Retracto y sociedad de gananciales. (lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo no resolvió en la S. de 14 de marzo de 1992). R. J. del N.*, 4, octubre-diciembre de 1992, pp. 274 y ss.

(112) MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, III, 1, 1-2, pp. 123-132.

(113) J. CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, D, p. 321.

(114) NORBERTO BOBBIO, *Ancora in torno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, Giurisprudenza Italiana XIII, col. 98 y ss. Aparece ahí que acepta el criterio de que la interpretación extensiva opera dentro de la misma *species* y la analogía alcanza un *genus* que puede comprender otras *species*. Advierte que con esto no, se obvia el problema del alcance de la prohibición de la analogía.

(115) F. DE CASTRO Y BRAVO, *loc. ult. cit.*, p. 539.

(116) Tanto de la Sala 1.ª (Ss. 22 de septiembre de 1884) como la 3.ª (Ss. 11 de marzo de 1888, 27 de febrero de 1909, 8 de mayo de 1985) del Tribunal Supremo, han recogido esta doctrina.

Me permito añadir, por mi parte, que la analogía no sólo tiene lugar de institución a institución sino, también, dentro de una misma institución, de una norma particular a otra norma también particular que regula otro aspecto de su regulación. El caso que he expuesto en el punto anterior se halla comprendido en la regulación de la sociedad de gananciales: pues, el precepto que contiene la laguna teleológica se refiere a la determinación de que bienes son gananciales y el que aduje por analogía trata de la determinación de cuáles bienes son privativos. En el mismo supuesto, tanto puede decirse que una norma se refiere a la institución de los bienes privativos y la otra a la de la sociedad de gananciales, o bien una al retracto y otra a la compra directa, como sostener que, aún cuando ambas se refieran a la sociedad conyugal, contienen unas normativas distintas entre las cuales cabe la aplicación de la analogía, produciéndose por ella una restricción teleológica en el art. 1347, 4.º y una extensión teleológica de la norma del art. 1346, 4.º, por la analogía del caso planteado con el supuesto de ésta.

D) PARTICULARIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA «ANALOGIA IURIS» EN LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Se han llegado a identificar la *analogia iuris* y el recurso a los principios generales del derecho; y así se ha hecho tanto desde la óptica del positivismo jurídico como desde otras perspectivas que lo desbordan y alcanzan los principios ético-jurídicos extrapositivos.

Esta identificación había sido mantenida por BOBBIO en 1957 (117). Antes, escribió CARNELUTTI (118) que las dos hipótesis «son distintas», pero «en realidad se trata de dos grados de un procedimiento idéntico. La analogía requiere siempre la reducción de la disposición expresa a principio, y la diferencia sólo se refiere a la mayor o menor amplitud o generalidad».

Después, en 1962, BARATTA (119) los conjugó, observando el siguiente matiz diferencial entre la aplicación de los principios generales por *analogia iuris*, y en la aplicación de una norma concreta:

«Aplicar una norma significa en efecto hallar la máxima de decisión subsumiendo el caso bajo el supuesto de hecho previsto en aquélla y, por lo tanto, aplicar un mandato. Por el contrario, la máxima de decisión hallada a través de un principio no está fundada en un mandato (que presupone un supuesto de hecho) sino sobre la *ratio* de otro mandato, esto es sobre el «principio normativo» de la regla que-disciplina casos similares (*analogia legis*) o materias análogas (*analogia iuris imperfecta*), o que, por su mayor generalidad, se considera sometido al entero ordenamiento jurídico (*analogia iuris* propiamente dicha).

(117) BOBBIO, voz. *Analogía* en «Novissimo Digesto Italiano», I, 1957, p. 605.

(118) CARNELUTTI, *Teoría general*, 2.ª ed., 39, versión española, p. 117.

(119) A. BARATTA, *Note in tema d'analogia giuridica 2*, «Studi un'ora de Emilio Betti», vol. I, Milán, Guiffrè 1962, pp. 574 y s.

BOBBIO en 1966 (120) aceptó esta matización de BARATTA, y concluyó que, «para hacer posible esa analogía se requiere la condición de la asunción de un principio general y, a su vez, que la norma o normas particulares tomadas en consideración sean consideradas como aplicación específica de aquella norma general inexpresada, viniendo a ser, en definitiva, como una mirilla o un indicio del principio general recabado». También advirtió que la función de los principios generales abarca bastantes más funciones.

La posición radicalmente contraria a la asimilación de la *analogia iuris* al recurso a los principios generales del derecho había sido sostenida, en 1954, por BOSCARRELLI (121). A su juicio, el recurso a los principios generales no puede ser reconducido «a un concepto de especie de la analogía», indicando que, así, se comprueba por «el hecho de que ninguno de los elementos característicos de la analogía es común a los principios generales». Además, si «la palabra “analogía” es apropiada para designar el procedimiento que se funda en la semejanza de los casos, no lo será para aquéllos que se fundan en la relación existente entre norma expresa y norma no expresada». BOSCARRELLI no desconocía la explicación que ASCARELLI había dado de la *analogia iuris*, «como la aplicación de una norma expresa a un caso no contemplado en su fórmula, pero “comprendido en el ámbito de los principios generales inexpresados que la norma presupone en su expresión formal”, descendiendo paso a paso de un principio a otro subordinado, hasta individualizar uno que comprenda el caso que ha de resolverse». Pero, a esto, opuso que «una norma puede ser aplicada a un caso no contemplado en ella sólo en cuanto, con respecto a ese caso, resulte válida la *ratio legis*, entendida como razón suficiente de la norma».

Esa distinción, sin embargo, no resulta decisiva si consideramos que toda *ratio —iuris o legis—* puede formularse en forma de principio o regla más o menos general. La aplicación de los principios puede efectuarse directamente —interpretando una norma u operando de modo supletorio— o bien indirectamente por razón de su semejanza con otra u otras normas en las cuales resplandece ese principio; y, en ese caso, la aplicación analógica consiste en este procedimiento indirecto. Así lo advierte F. DE CASTRO (122), quien señala que se da un escalonamiento en el recurso analógico, según refleje la norma a la que se recurre ya sea un principio de carácter general extrapositivo o positivo o una regla de carácter especial.

(120) BOBBIO, voz *Principi generali de diritto*, en «Novissum Digesto Italiano, XIII, 1966, pp. 895 y s.

(121) MARCO BOSCARRELLI, *La analogia giuridica*, 3 B, *Rev. Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, 8, 1954, pp. 649 y ss., especialmente 654 y 655.

(122) F. DE CASTRO, *loc. cit.*, p. 539 y su nota 5 párrafo 2.^o.

En todos estos casos, como matiza muy bien ATIENZA (123) «la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario para el mismo» (124).

E) «ANALOGÍA LEGIS» Y «ANALOGÍA IURIS».

Hemos visto, antes (125) que BOBBIO diferencia funcionalmente la *analogia legis* y la *analogia iuris*. Según él las entiende:

— La estructura de aquélla forma un *quaterno terminorum*, estableciéndose la similitud, a través del cuarto término, en la línea superior del rectángulo. Por ello puede diseñarse el proceso de la analogía de ley, tal como muestra en el ejemplo que allí le hemos transcrito.

— En cambio, considera que la *analogia iuris* es integrada por un proceso ascendente de abstracción y otro descendente de subsunción, formando un triángulo en cuyo vértice superior se haya el principio general común.

Esa dualidad, ya antes, había sido negada. Así BLAS PEREZ y JOSÉ ALGUER (126) estimaron que la analogía «crea un principio más amplio que el contenido en la norma extendida, y, por tanto más general que ella; y que representa la indagación de un principio superior que, subordinando a él los dos datos particulares, puede coordinarlos». En consecuencia, concluían: «La distinción entre *analogia legis* y *analogia iuris* sólo tiene, a nuestro juicio, el valor relativo y de puro matiz que hemos asignado a la distinción entre normas particulares y generales».

Después, BOSCARRELLI (127) ha rechazado radicalmente esa distinción por el mismo motivo por el cual niega la identificación entre *analogia iuris* y principios generales, sentando esta afirmación: «Es del todo ilusoria —ha escrito— la pretensión de distinguir entre *analogia legis* y *iuris*, asumiendo que mientras con la primera se determina el contenido de una norma existente, comprobando que ésta disciplina también el caso similar no contemplado, mientras que con la segunda se pone la norma que reglamenta el caso similar».

Notemos que, en todo caso, la diferencia estructural entre *analogia legis* y *analogia iuris*, afirmada por BOBBIO, queda difuminada para aquellos autores —como F. DE CASTRO y E. BETTI— que conside-

(123) M. ATIENZA RODRÍGUEZ. *op. cit.*, 7, Conclusión 18, p. 185.

(124) En este sentido MARÍA JOSÉ FALCÓN. *op. cit.*, III, 1, 2, 6, pp. 1431 y s.

(125) *Supra* 3, C. párrafos que siguen a la nota 61.

(126) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER MICÓ. *Notas al vol. I del Tratado del Derecho civil*, de LENMECCERUS-H.K. NIPPERDEY. Barcelona, 2.^a tirada 1943, p. 223.

(127) M. BOSCARRELLI. *loc. ult. cit.*, p. 654 y su nota 116.

ran la analogía siempre basada en un principio superior, sea de mayor o de menor grado, que determina una paridad de *ratio decidendi*.

FEDERICO DE CASTRO (128) explicó así la diferencia entre una y otra forma: «Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas de sólo otra institución, y de *analogia iuris* en el caso de que sea necesario utilizar reglas de varias instituciones».

ATIENZA (129) subdistingue y matiza que podría hablarse «de un uso más o menos amplio de los principios, o mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogia legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogia iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogia iuris*)».

En suma, como había concretado BARATTA (130), «la diferencia no es de naturaleza; sino que sólo dimana de «la mayor o menor generalidad del principio adoptado para obtener la máxima de decisión», en el medio eurístico al que se recurre, a fin de hallar aquel principio mediador, que puede resultar de la semejanza del caso no regulado con un caso regulado, del examen de un grupo de normas que disciplinan la materia a la que atañe el caso por regular, o, en fin, de examinar el complejo entero de las normas jurídicas».

A. KAUFMANN que —como hemos visto— apoya la analogía en una «premisa latente» que exige la «identidad de la *ratio legis*, o bien de la *ratio iuris*», advierte en la nota (131): «La distinción usual entre “analogía legal” y “analogía del derecho” ningún papel desempeña en este asunto. En todo caso, es discutible».

Creo yo que es obvia la explicación de este rechazo por A. KAUFMANN de todo criterio funcional a esta distinción, puesto que él apoya la analogía en la mediación de la naturaleza de la cosa, como *tertium* en el que halla la premisa latente; y, considera que en la naturaleza de la cosa se halla (132) el sentido tanto de la relación principio general-situación vital, en unos casos, como de la relación norma-situación vital, en otros.

F) LA ANALOGÍA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Antes de la reforma del título preliminar de 1975, la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ya venía aceptando la determinación del derecho por analogía (Ss. 3 de febrero de 1911, 13 de diciem-

(128) F. DE CASTRO, *loc. ult. cit.*, p. 539 y su nota 5 párrafo 1.º.

(129) M. ATIENZA, *loc. ult. cit.*, párrafo que lleva la nota 9.

(130) BARATTA, *loc. ult. cit.*, 3, p. 576 y s.

(131) A. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, V, nota 93, p. 80.

(132) *Ibid.*, VII, pp. 90.

bre de 1913, 13 de marzo de 1916, 24 de junio de 1924, 5 de diciembre de 1925, 28 de marzo de 1944, entre otras). CASTAN TOBEÑAS (133), siendo Presidente de este más Alto Tribunal, escribió con toda claridad: «El Tribunal Supremo acepta sin escrúpulo el procedimiento analógico, aplicándolo como principio del derecho a través del axioma de que “donde existe la misma razón debe ser idéntica la regla aplicable”».

En la reforma del Código civil de 1974, el innovado art. 4, 1 y 2, ha recogido este recurso:

«Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.»

«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas» (134).

Según DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS (135) la *analogia iuris* «hay que entenderla implícita en los principios generales de derecho, en este caso del derecho positivo, cuando han de aplicarse como fuentes del derecho».

El examen de aquellas normas de las cuales no cabe hacer extensión analógica, además de las indicadas en el art. 4, 2, C.c., ha sido cuidadosamente efectuado por MARIA JOSE FALCON TELLA (136), que extiende ese estudio a los derechos penal, civil, mercantil, internacional, tributario, constitucional, administrativo, canónico, procesal y del trabajo.

La *Compilación foral de Navarra*, en su ley 5, dice así:

«ANALOGIA. Antes de aplicarse el derecho supletorio, deberá integrarse el derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones.»

(133) J. CASTÁN TOBEÑAS. *op. ult. int.*, Sec. 3.^a, V, 4, F. p. 326.

(134) ARTHUR KAUFMANN, *op. ult. cit.*, VII, pp. 101 y s. explica que la analogía no está prohibida en el derecho penal, sino en el ámbito del principio «nullum crimen sine lege», que significa que el tipo de la acción punible debe ser establecido por la ley. Pero este principio no implica una prohibición estricta de la analogía, para lo cual sería preciso que el delito pudiera ser establecido «mediante conceptos unívocos, excluyentemente definidos»; por lo cual, entiende que «la analogía está permitida en el derecho penal hasta el límite del tipo de ilicitud». Se dirá, —advierte— que en ese caso, «se puede hablar, en vez de analogía de “interpretación teleológica”, pero con esto el asunto no cambia nada».

(135) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema*, 12, III, p. 214.

(136) MARÍA JOSÉ FALCÓN, *op. cit.*, IV, pp. 189-284.

6. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA FUNCIONAL DE LA ANALOGÍA

Los autores que han defendido concepciones diferentes y hasta contradictorias de la analogía, hacen depender su naturaleza y la finalidad motriz del fundamento —diverso en unos y otros— que le atribuyen. Depende de que, como fundamento de la analogía entiendan: sea una razón de derecho positivo, una razón constitutiva de un principio ideal —sea éste ideal o valorativo— o bien una razón mixta de principio y de naturaleza de la cosa o, en fin, que lo hallen por entero en la naturaleza de las cosas, en el sentido omnicompreensivo de esta expresión. Según cuál de estos fundamentos se tome como punto de partida, evidentemente, se entenderá la analogía constituida con una naturaleza distinta y de una estructura diferente.

No voy a insistir en lo que entiendo por naturaleza de las cosas, pero sí creo preciso recordar que, conforme su concepción clásica, dimanen de ella y se integran en ella: unos «universales» abstraídos íntegramente que, en derecho, constituyen las instituciones vividas y los tipos de cada «cosa» jurídica; unos valores abstraídos por división o composición, con sus pautas, y una escala de principios, desde los primeros obtenidos por *syndéresis* hasta las series que forman los de ulterior grado, que van siendo concreciones de aquéllos, cada vez más precisadas, realizadas en contacto con la realidad. También, emanan de ella determinaciones, *ex ipsa natura rei*, efectuadas con el *sensum naturale* y la *naturalis ratio* atendiendo a la cosa tanto en sí misma y en sus relaciones con las demás, como a las consecuencias de ellas dimanantes.

Si las ciencias físicas parten de hipótesis inducidas, pero sometidas a una constante comprobación experimental, similarmente en la vida práctica del derecho las concreciones de los principios, valores y las determinaciones consecuentes deben estar sometidos a un continuo contraste que debe efectuarse en cada nuevo supuesto que se presente; pues: «*minima mantatio facti, mutat totum ius*» —como dijo al olotense FONTANELLA— (137).

Es coherente en un sistema así, constitutivo de una verdadera ciencia práctica, que la analogía sea una pieza tan importante que se haya llegado a decir —como ha dicho ARTHUR KAUFMANN (138)— que el pensamiento a través de la naturaleza de la cosa es, precisamente, por analogía (139).

(137) J.P. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Senetus Cathaloniae*, desc. XCVI, 5; cfr. ed. Lugduni 1668, p. 193.

(138) ARTHUR KAUFMANN, *op. ult. cit.* VIII, p. 104.

(139) Mi querido amigo LUIS FIGA debería contrastar lo que dijo en su estudio *La analogía*, p. 48 a 50, de neto sentido positivista, con lo que luego concluyó, desde el final de la página 53 hasta la terminación de su texto, donde dice que la «analogía no es un delicado toque de la fantasía que el legislador se permite introducir en nuestro ordenamiento legal», y que, en la ciencia del derecho las afirmaciones de los juristas y las decisiones de los tribunales son «ejemplos en los que aprender a razonar jurídicamente». Tienen, por lo tanto, un fundamento objetivo más allá de lo legislado.

No es contradictorio con ese modo de elaboración jurídica que las leyes positivas —ya sean éstas determinaciones o bien conclusiones de esa naturaleza de las cosas—, dentro del ámbito que respectivamente les corresponde, deban ser tenidas muy en cuenta, al efectuarse esa labor jurídica.

Visto esto, creo que podemos ya centrarnos en determinar cuál es la estructura formal de la analogía fundamentada en la naturaleza de las cosas.

En el derecho romano clásico la analogía se basaba en la semejanza del caso cuestionado con otro resuelto de determinado modo, sea en una ley, en una disposición pretoria o bien en interpretaciones, efectuadas en anteriores *responsae*, por él mismo o por otros jurisconsultos. Hoy la analogía debe basarse en una norma, ya sea legal, consuetudinaria o bien jurisprudencial que constituya doctrina legal.

Estas normas —o mejor la solución por ellas de su caso respectivo— pueden constituir un *punto de referencia* para tratar de resolver un caso —que es el *referente*— no resuelto satisfactoriamente en otras normas (sea a causa de padecerse una laguna normativa o bien teleológica). Entonces, la similitud entre ambos casos es el *síntoma* de que puede existir analogía. Pero, para que la haya es esencial que esta *similitud* responda a una *ratio* que sea *común* a ambos supuestos normativos.

Esta *ratio*, sin duda, debe ser jurídica —es decir, debe ser una *razón de justicia*—. Lo cual no significa que tenga su fundamento en una concepción idealista, meramente ideológica. Ni, por el contrario, tampoco tiene una base positivista; pues los principios generales del derecho no siempre se inducen del ordenamiento legislado, y, por otra parte, los más altos, son supralegales.

Lo fundamental es que toda *ratio* responda, en líneas generales, a un principio ya sea el principio específico de una institución, el de un conjunto de instituciones de derecho (v.gr. los que fundamentan el derecho de obligaciones o de sucesiones), el de una disciplina jurídica (derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc. etc.), los del derecho en general (principios generales *del* derecho) o bien ético-jurídicos, y que los ponga en relación con una situación real viva.

Esa *ratio*, como hemos visto al tratar de la analogía en general, puede consistir en la *atribución* de una *calidad* a un sujeto (buena fe o mala fe), o de una calificación (culpa, dolo, morosidad, diligencia sea la de un buen padre de familia o la de un buen comerciante), o bien en la determinación de cierta *proporcionalidad* (tratándose de la justicia distributiva), o, en fin, de una *similitud* o *identidad* de razón entre dos casos. Naturalmente, el *quid* radica en que se trate de una *razón suficiente*.

La denominada *falacia naturalista*, no es tal, por la razón de que el hecho jurídico —al que se refirió el *ex facto ius oritur* de BALDO— es un hecho observado teleológica y axiológicamente en relación a alguna acción humana; no a un mero hecho bruto.

Ahora bien, por otra parte, podría objetarse a la perspectiva que ofrece la analogía, al observarla desde la concepción de los principios de derecho, lo mismo que PAULO (140) dijo de las reglas de derecho: «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*». Para evitarlo en la *Wertungsjurisprudenz* se trata, en general, de ajustar el principio mediante sus concreciones tipológicas efectuadas conforme a la naturaleza de la cosa, o bien desde otras perspectivas mediante atender a los elementos de hecho que resulten decisivos. Pero, de todos modos, en esa corriente alemana, al efectuar esa concreción, se produce, en definitiva, una prevalencia de la perspectiva generalizadora respecto de la individualizadora.

Como ha escrito SCHWARS-LIEBERMANN (141): «es verdad que “el sentido de un hecho..., no puede ser puesto en relieve sino en el contexto de una idea”. Pero esta “idea”, que permite calificar, halla sus raíces en una reflexión que es provocada por los hechos, a la luz (a veces inconsciente) de un “juicio de valor” impuesto por los hechos en función de este último “encuentro” de hecho y de valor. De la misma manera la noción de “facticidad” abstracta es una noción que podría calificarse de “ideología”».

En cambio, en la perspectiva de la naturaleza de las cosas que tuvieron los juriconsultos romanos clásicos, los comentaristas y conciliadores, cultivadores del *mos italicus* —no así en los glosadores—, para determinar una *ratio* que justifique suficiente la analogía, debe atenderse a la cosa en sí misma y a las consecuencias de la misma dimanante, para poder así precisar y concretar, en cada caso, si existe una identidad o una similitud de razón suficiente para que pueda invocarse la analogía. Cualquier variación en el supuesto de hecho puede dar lugar a que deje de haber identidad de *ratio* suficiente para que por analogía se aplique aquel principio —más o menos general o concreto— que rija el supuesto de referencia, porque, por esa variación, puede ocurrir que aquél no resulte adecuado en el supuesto que se trate de resolver. Esta disparidad puede dimanar de alguna diferencia, en cada supuesto de hecho, que sea jurídicamente relevante, o bien de la incidencia, en el mismo, de algún elemento valorativo, que no se hallaba en el supuesto de la norma tomada como punto de referencia (así puede interferirse algún género de culpa, abuso del derecho, actos propios, enriquecimiento injusto, etc. etc., o bien de buena fe, error sustancial o cuantitativo, etc.).

El pensamiento tipológico, inherente a toda reflexión basada en la naturaleza de las cosas, brindará una serie de tipos que facilitan el juicio analógico.

(140) PAULO, *Dig.*, 50, 17, 1.

(141) Cfr: SCHWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *loc. ult. cit.*, 10, p. 118. También en ese sentido LARENZ, *loc. ult. cit.*, 2, b, nota 30, p. 374.

Podemos encontrarnos además, con que, en la conjunción de diversos principios —en lo que hemos denominado «parlamento de los principios»—, unos de ellos neutralizan o bien modalizan a los otros, dándose lugar a que la posible analogía tenga un alcance, mayor o menor, o, incluso, que no pueda recurrirse a ella.

Para acabar de precisar el encaje de la analogía en la naturaleza de las cosas, conviene recordar que PLACENTINO DE MONTPELLIER (142) había advertido: «*Aequitas est rerum convenientia, quae paribus in causa paria iura desiderat*». La equidad brotada de la naturaleza de las cosas —de la *rerum convenientia*—, reclamaba la analogía; pero, no consideraba que debiera atenderse a una equidad puramente natural, sino mixta con la tradición del derecho positivo; es decir, injertada en ella —«*Aequitas debet attendi non pura naturalis sed mixta et ex traditionibus iuris positivi*», dijo MIERES (143)—, así mismo tampoco la analogía ha de ser puramente natural sino mixta, según la tradición del derecho positivo.

Ese encaje de la naturaleza de las cosas con el derecho positivo en el juego de la analogía, consiste fundamentalmente en que la norma a la que se acude, como punto de referencia, es una norma de derecho positivo, mientras que la razón está fundada en la naturaleza de las cosas, que está reflejada en la constitución específica o genérica de los primeros fundamentos ético-jurídicos según la propia tradición. Es decir, en su reflejo observado en los datos objetivos determinantes de la *ratio iuris* y la *ratio legis* de la norma tomada como punto de referencia y estimada extensiva, por analogía, al supuesto de hecho que dada su analogía pretende resolverse.

Sin duda, esa *ratio* responde a un fin jurídico, pero implica algo más que un fin. Como dijo MIERES (144), invocando a PAPIAS a través del canonista boloñés GUIDO DE BAYSIO, «*ratio est mentis motus in iis que dicuntur discernere vel convincere valens*». Es la razón justificante del *cómo* y del *por qué* para la consecución de ese fin por el cual se sigue esa norma, esta pauta o aquel principio. Es una razón suficiente que, para serlo, deberá resultar prudencialmente convincente, porque en las ciencias prácticas no hay saberes ciertos ni lógicos exactos, sino determinaciones prudenciales. Solamente así la analogía es justificable.

Llegados a este punto, vemos, a la par, que si bien la analogía está basada en la estructura de las cosas, la propia analogía nos ayuda a descubrirla; pues, ésta se utiliza a la vez que aquélla se descubre y viceversa.

(142) PLACENTINO DE MONTPELLIER. *Summa Institutionum*, I, 1, 1.

(143) T. MIERES, App. II, VIII, II, 30, p. 162.

(144) *Ibid.*, I, II, I, 35, p. 14.

No digo con esto nada novedoso ni extraño. Un estudioso de la lógica jurídica como CHAIM PERELMAN viene a explicarlo.

De entrada, debemos advertir que PERELMAN rechaza (145) la teoría positivista dimanante de los análisis de HUME, que no admite que «un juicio de valor o una norma puedan derivar de un juicio de hecho» —tesis que él ya había criticado anteriormente (146)— y, en cambio, sigue el criterio de «la tradición aristotélica, que admitía una razón práctica aplicable a todos los campos de la acción, desde la ética hasta la política, y que justificaba la filosofía como búsqueda de la prudencia». Su planteamiento lo enfoca con esta pregunta (147): «¿No podría hacerse un análisis analógico partiendo de los razonamientos en los cuales están implicados los valores y consiguiendo destilar, de este modo, lo que se podría llamar una lógica de los juicios de valor?». Su respuesta es que la dialéctica o arte de la discursión «se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a los fines de la acción, en que están comprendidos».

En apoyo de mi anterior aserto me cabe aducir aquí, que entre los razonamientos dialécticos o retóricos —según dice el mismo PERELMAN (148)— hay que dejar un sitio importante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, como son el razonamiento por medio de ejemplos o el modelo o la analogía, merced a los cuales «se extraen regularidades, leyes o estructuras, que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real».

«El razonamiento por analogía —prosigue (149)—, cuyo valor es muy discutido en la metodología científica, ha sido limitado en esta última. Se ha admitido su función heurística, como instrumento de invención de hipótesis, pero se le ha negado todo el valor probante. Es normal, por otra parte, otorgar a la analogía un estatuto subordinado si se dispone de un criterio experimental que permita comprobar el valor de las hipótesis. Sin embargo, en muchos campos, especialmente en la filosofía, la analogía, tal como yo la concibo, constituye un modo de razonar esencial e ineliminable.

»La analogía plantea una proposición: *a* es a *b*, como *c* es a *d*. Se trata de esclarecer por medio de una relación conocida (*c* es a *d*), a la que nosotros llamamos el foro, una relación menos conocida, (*a* es a *b*) que es el tema del discurso. La relación asimétrica entre el tema y el foro distingue la analogía de la proposición matemática en que la igualdad de las relaciones es simétrica. En la proporción matemática se

(145) CH. PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 49, pp. 133 y ss.

(146) *Ibid.*, *Droit. morale et philosophie*, París, L.G.D. y J. 1968, pp. 65 a 68.

(147) *Ibid.*, *La lógica jurídica y...* 50, pp. 135 y ss.

(148) *Ibid.*, 67, pp. 169 y ss.

(149) *Ibid.*, 68, pp. 171 y ss.

establecen relaciones puramente formales entre elementos homogéneos. Esta homogeneidad es inconcebible en la analogía, cuya función epistemológica es hacer conocer mejor y estructurar o evaluar mejor el tema gracias al foro y presupone la heterogeneidad de los elementos».

El uso de la analogía, «en lugar de constituir una hipótesis de trabajo, sometida a control de la experiencia, como ocurre en el caso de la ciencia, conduce a una concepción filosófica o teleológica de lo real, estructurado por la analogía.

»Una vez admitida, la analogía puede, integrándose en la lengua, suministrar, gracias a la *catácrisis*, un modo de expresión tan usual e indiscutible que el aspecto metafórico de la fórmula pasa inadvertido, a menos que de una u otra manera se despierte la metáfora dormida».

Al razonamiento deductivo, por «encadenamiento de ideas», utilizado por DESCARTES, que «no es más sólido que el más débil de sus eslabones», si se le contrapone una argumentación que «no contempla como una cadena, sino como un tejido, no es difícil admitir que la trama de éste puede ser más sólida que cada uno de los hilos que entran a formarla».

Al decir esto, se refiere a la analogía. De ella dice que aceptarla «es aceptar las consecuencias que de ella se desprenden, sea para estructurar o para evaluar los elementos de lo real. Resulta de ello que toda filosofa original, que introduce una nueva visión del mundo, va acompañada de una nueva analogía fundamental que trata de justificar gracias a su sistema argumentativo».

Como ha dicho SCHWARS-LIEBERMAN (150): «El razonamiento observador es un razonamiento comparativo. Surgido de la comparación fija los encadenamientos sucesivos que son comparativos. Se trata efectivamente de una jerarquía de sistemas de reenvío; pero, a diferencia de lo que dice la teoría pura del derecho, no es en función de un sistema formal de criterios positivistas de normas, desde la ley hasta la “norma fundamental”, sino en función de agrupaciones de puntos de enlace que establece el razonamiento, la conciencia de los hombres, la sociedad...».

Ese es el modo —según después (151) explica— como «captamos la “lógica de la cosa” (ya que esto es precisamente la “naturaleza de la cosa”».

«La naturaleza de las cosas, en su “relevancia” para el derecho, resulta —dice (152)— de una tipicidad de efectos relacionales y de

(150) SCHWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF *loc. cit.*, 11, p. 180.

(151) *Ibid.*, cap. *Logique et rethorique*, 1, p. 113.

(152) SCHAWARS-LIEBERMANN, *op. cit.*, *L'analogie*, 10, pp. 177 *in fine* y s.

juicio acerca de ellos... Esta tipicidad, después de haber superpuesto un suficiente número de casos reconocidos como similares, establece (como todas las demás) la abstracción de los datos regulares (típicos, “definitivos”). De ahí se obtiene la estructura lógica que es la base ontológica que nos facilita el juicio acerca de la identidad, similitud o proporcionalidad de razón que fundamenta el tratamiento por analogía».

Como vemos, con esos razonamientos comparativos, en una perspectiva tipológica de lo real, se observan y comprueban, las lagunas teleológicas, o axiológicas; y, a la vez, la analogía que sirve para cubrirlas.

Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo

MIGUEL PASQUAU LIAÑO

SUMARIO. 1.— Introducción. 2.— El método jurisprudencial. 3.— Funciones y disfunciones de la jurisprudencia: 3.a. La función interpretativa; 3.b. La interpretación correctora; 3.c. Los «cuerpos de doctrina»; 3.d. El decisionismo y el automatismo. 4.— Las causas del desorden: 4.a. Las condiciones de trabajo; 4.b. La práctica forense; 4.c. El desencuentro con la doctrina; 4.d. La lejanía del Código. 5.— Las funciones de la doctrina científica. 6.— ¿Hacia una recodificación del Derecho privado?

1. La tesis que pretendo exponer es, en pocas palabras, la siguiente: la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español está *judicializándose* en exceso, entendiendo por «judicialización» una tendencia a convertir las sentencias de casación más en una decisión sobre el asunto concreto que trata de resolverse, que en elemento de control de la aplicación de la ley por los Tribunales inferiores, con la consiguiente pérdida de una función absolutamente imprescindible en nuestro ordenamiento jurídico: la creación de una *doctrina jurisprudencial*, fuente complementaria de nuestro ordenamiento jurídico cuyo principal cometido es la consolidación de criterios interpretativos estables que impidan que las dosis de inseguridad jurídica excedan de lo que es funcional en un sistema jurídico.

Fácilmente se comprende que este *deterioro de la función jurisprudencial* del Tribunal Supremo, de ser algo más que una infundada y exagerada alarma, obliga a la doctrina científica a preguntarse por sus complejas causas y le compromete a procurar frenar, con los medios a su alcance, esta inercia desestructuradora de la dogmática de las instituciones civiles.

2. Debo aclarar de entrada que estas reflexiones provienen de alguien que en su todavía corta trayectoria investigadora teme haber ido poco a poco derivando hacia la opción por el método jurisprudencial. Es claro que los métodos científicos de aproximación al Derecho son perfectamente compatibles, y que el análisis de la jurisprudencia no excluye la consideración de planteamientos de tipo historicista, economicista, sociológico, comparatista o puramente dogmático; pero existen opciones, prioridades, y éstas con frecuencia están condicionadas por la forma de ser del propio investigador. Enseñar e investigar las instituciones jurídicas desde, fundamentalmente, el análisis de sus aplicaciones jurisprudenciales, propicia una visión del Derecho muy peculiar, en tanto que acentúa la consideración del problema, más que la del sistema. En el centro no están los principios, ni las normas, ni las instituciones, sino la irreductible complejidad de los problemas. El Derecho es sobre todo un conjunto de preguntas, y un denso acervo de instrumentos para la construcción de respuestas que nunca resultarán tranquilizadoras. Es inevitable, desde esta perspectiva, un acusado (¿y saludable?) *relativismo* en relación a la científicidad del Derecho y un casi constante replanteamiento de los «cuadros conceptuales» en los que instrumental o didácticamente queremos organizar el Derecho Civil. Pero si la propia jurisprudencia pierde el control de sí misma, si comienza a perderse en un decisionismo envuelto en ropajes procesales, entonces aquel relativismo y aquella actitud de replanteamiento se convierten sencillamente en *perplejidad* mal disimulada. Perdida la confianza en la jurisprudencia, ésta no puede seguir siendo el «soporte» de la investigación jurídica, ni siquiera su línea conductora, porque ya no será el «momento» en el que se concentren los problemas y las respuestas, sino un conjunto desorganizado de decisiones; el jurista acudirá entonces a otras instancias (los fundamentos doctrinales, la historia, la eficiencia económica, el extranjero) para explicar y explicarse el Derecho, y se convertirá en un dogmático, un político o un erudito.

3. No tiene sentido a estas alturas ensayar una reflexión densa sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. DE CASTRO fue quien sincréticamente supo expresar que, si bien formalmente apenas tiene el valor de fuente, lo cierto es que desde un punto de vista material tiene más importancia, incluso, que la propia ley. «Las fuentes del ordenamiento jurídico español —decía DE CASTRO— son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, *tal y como los aplica e interpreta la jurisprudencia*». Indiscutible la importancia de primer orden de la jurisprudencia en los sistemas jurídicos continentales, en los que mediante el *recurso de casación* se pretende, de una parte, cohesitar la independencia judicial con la necesidad de una al menos relativa unificación de criterios aplicativos de la ley, y por otra parte «completar el ordenamiento jurídico», recorriendo la larga distancia que existe desde la abstracción y generalidad de la norma legal hasta la particularidad de cada cuestión controvertida.

3.a. En períodos fecundos de una jurisprudencia creativa, el Tribunal Supremo, atento a las propuestas de la doctrina, fue consolidando criterios de interpretación que salvaban oscuridades del Código, enmarcaban preceptos sueltos en un contexto sistemático, integraba lagunas, decantaba principios generales y procuraba adaptaciones de las normas para la obtención de soluciones a problemas no previstos por el legislador. Esta función interpretativa, integradora y racionalizadora del ordenamiento jurídico fue la que dio sus mejores frutos en la primera mitad larga del siglo XX, tiempo en el que se forjó la *lectura jurisprudencial* del Código Civil, acercándolo a las experiencias jurídicas de los países de nuestro entorno, limando sus deficiencias y terciando en las grandes cuestiones dogmáticas que el Código no resolvía. Los manuales actuales están llenos de aquellas formulaciones de la jurisprudencia, y forman parte de la cultura jurídica común de los civilistas, de manera que hay algunos preceptos del Código que sin dudarlos todos leemos desde la interpretación que de los mismos dio el Tribunal Supremo, aun cuando en un segundo nivel de profundidad maticemos aspectos, planteemos alternativas, pongamos notas al margen.

Podrían ponerse muchos ejemplos de aportaciones de la jurisprudencia con valor casi de norma codificada. La noción de causa de las obligaciones contractuales que da el artículo 1.274 queda integrada con la doctrina sobre la causalización de los motivos. El error, para viciar el consentimiento, además de ser «relevante» en los términos del artículo 1.266, ha de ser «excusable». El «deberán constar en documento público» del artículo 1.280 no se entiende como requisito de validez de los contratos, sino de oponibilidad frente a terceros. El incumplimiento al que se refiere el artículo 1.124 como causa de resolución de los contratos ha de tratarse de un incumplimiento cualificado, sin que baste un mero retraso o una mera imperfección de la ejecución. La «nulidad» con la que el artículo 1.259 sanciona el contrato hecho a nombre de otro sin estar por éste autorizado no es tal nulidad en el sentido de ineficacia radical, sino que tan sólo consiste en el sometimiento a una «condictio iuris», que es la ratificación anterior a la revocación. No basta en los casos de doble venta de inmueble (artículo 1.473) con inscribir primero para ser dueño: es precisa también la buena fe del adquirente. El «daño» indemnizable por la vía del artículo 1.902 puede ser cualquier tipo de daño, incluido el daño moral. El término «colacionables» que utiliza el artículo 818 puede tacharse sin reparos, o en todo caso es claro que no remite al artículo 1.035. El artículo 1.301, cuando habla de «nulidad», está refiriéndose a los supuestos de anulabilidad, porque la acción de nulidad absoluta es imprescriptible. Además de los requisitos que el artículo 1.100

exige para la constitución en mora, la deuda (pecuniaria) ha de ser «líquida», no siendo tal si ha sido preciso un juicio para la determinación de su cuantía. La «ruina» del artículo 1.591 no se equipara a «derrumbamiento», sino que basta con la existencia de graves defectos que hagan al edificio inidóneo para el uso a que se destina.

3.b. No sólo unifica criterios interpretativos y «recubre» dogmáticamente los preceptos del Código. También, a medida que la realidad se aleja de la norma, la jurisprudencia se constituye inevitablemente en un factor de evolución del ordenamiento jurídico. No es ya, entonces, una lectura del Código, sino una *relectura*. La interpretación no consiste (principalmente) en averiguar el sentido de la norma o en preferir uno de entre los varios posibles, sino (sobre todo) en otorgarle un sentido que permita solución apropiada a nuevos problemas. En ocasiones esta interpretación evolutiva no es más que el desarrollo de la lógica interna del Código, pero otras veces se trata pura y simplemente de una interpretación correctora, seguramente necesaria a medida que el Código va perdiendo valor normativo y se manifiesta inadecuado respecto de un contexto de leyes especiales que introducen lógicas diferentes. No fue preciso esperar a que se reformara el Título Preliminar del Código Civil: antes de que se flexibilizaran tan considerablemente las técnicas de aplicación del Derecho, el Tribunal Supremo había ya iniciado el tránsito de una jurisprudencia de conceptos a una jurisprudencia de intereses que no había sido mal recibido por la doctrina.

Imposible no hacer referencia al lento proceso de adecuación de la «culpa» como criterio de imputación de la responsabilidad a realidades que exigían una gran expansión de la responsabilidad civil concebida en términos más objetivos, de manera que finalmente (y sin perjuicio de que últimamente se adviertan indicios de una recuperación del elemento subjetivo de la responsabilidad) se ha introducido el «riesgo creado» como criterio de imputación independiente de cualquier género de culpa o negligencia. Pero hay otros muchos ejemplos. La doctrina jurisprudencial de la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales del incumplimiento no es más que un intento de evitar el plazo semestral de caducidad del artículo 1.490, manifiestamente inadecuado para la compraventa de productos fabricados en serie. El alargamiento de la legitimación activa y pasiva de la acción de responsabilidad del artículo 1.591 (promotor, subadquirentes, subcontratistas) se debe a que el Código ignoraba las actuales modalidades de promoción y venta de viviendas. La doctrina de la accesión invertida fue un elegante recurso para reducir la

vigencia del «superficie solo cedit», en un tiempo en el que la tierra no es ya el bien de mayor importancia económica. De la presunción de la «no solidaridad» que establece el artículo 1.137, casi se ha pasado a la solidaridad como regla general, y ello por la necesidad de proteger el crédito como condición indispensable para el desarrollo económico (frente al antiguo «favor debitoris» que regía en el Derecho de obligaciones). La facultad del cofiador de repetir lo pagado no está ya, de hecho, condicionada a la exigencia ex art. 1.845.3.^o de haberse hecho el pago «en virtud de demanda judicial», pues en la actualidad se considera beneficioso el pago que evita el normal incremento de la deuda debido a la reclamación judicial. Para evitar la revocación del anterior testamento por el posterior perfecto (art. 739) ya no es preciso que conste expresamente la voluntad de mantenerlo en todo o en parte: basta con que dicha intención se deduzca por vía interpretativa; es más, según la última jurisprudencia, basta con que no conste expresamente lo contrario y que ambos testamentos no sean incompatibles.

3.c. En realidad, pasado más de un siglo de aplicación jurisprudencial del Código Civil, es lógico que apenas exista ya un «continuum» entre la norma y la decisión. Se interponen «cuerpos de doctrina» que, nacidos desde la remota interpretación de un precepto, se han «solidificado», convirtiéndose en verdadera instancia normativa. El Tribunal Supremo razona desde sus propias interpretaciones, acompañadas en el mejor de los casos de un paréntesis en el que se indica el artículo del Código en el que se «basa» dicha doctrina. Pero el «volumen» de la doctrina pronto comienza a ser desproporcionado en relación a la «longitud» de la base. En este sentido cabe hablar de una descodificación, e incluso de una deslegalización, pues no puede decirse que la «ratio decidendi» provenga de la voluntad del legislador, sino más bien de los jueces o de los juristas. Es, dicho en otros términos, el fenómeno de creación judicial del Derecho.

En unos casos, la jurisprudencia —asistida por la doctrina científica— crea verdaderas instituciones o doctrinas que apenas tienen soporte legal (como el negocio fiduciario, la cláusula «rebus sic stantibus», el abuso de derecho —en su tiempo—, el «levantamiento del velo de la persona jurídica», o la representación aparente), suministra un régimen jurídico a un contrato atípico (como es el caso de la opción de compra o el contrato de leasing), introduce en el ordenamiento una acción no prevista por el legislador (acción de enriquecimiento injustificado, acción publiciana, acción de petición de herencia). En otros casos, sí que existe el precepto, pero todo su contenido ha sido

precisado por la jurisprudencia, en colaboración con la doctrina científica: así, los requisitos para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria a que tan genéricamente se refiere el artículo 348.2, ó los requisitos del incumplimiento para abrir la vía de la acción resolutoria de los artículos 1.124 ó 1.504, la determinación de cuándo existe «fraude» a los efectos de la acción rescisoria, la doctrina referida al error obstativo o a los negocios simulados, la distinción entre la nulidad absoluta y la anulabilidad, la noción de «privación ilegal» a los efectos del artículo 464, etc.

3.d. Pero no sería grave esta función «correctora» de la jurisprudencia si se desempeñara de forma ordenada y consciente, pues al fin y al cabo permitiría un relativo equilibrio entre la equidad y la seguridad jurídica, sin merma seria ni de una ni de otra. Es verdad que cuando la jurisprudencia comienza a adquirir semejante protagonismo se dice que ha llegado el momento de la intervención del legislador, quien habrá de recoger las aportaciones jurisprudenciales, depurarlas y reformar la norma legal, comenzando entonces un nuevo ciclo en la propia jurisprudencia. En España, sin embargo, no existen serios atisbos de una recodificación del Derecho privado, sino más bien de nuevas reformas parciales del Código (la próxima será la de los contratos de obra y de servicios) y nuevas leyes especiales (arrendamientos urbanos, responsabilidad del fabricante, conjuntos inmobiliarios). Esto produce una sensación poco tranquilizadora de *permanente provisionalidad* que, a mi juicio, agudiza el proceso de deterioro de la función jurisdiccional.

No creo ser tremendista si digo que el panorama que hoy ofrece nuestra jurisprudencia es profundamente desalentador. Cada cual podrá hacer una lista de motivos de desaliento, y no siempre sería una lista exagerada o hipercrítica. Lo que yo creo quizás más alarmante es que *la jurisprudencia está perdiendo el control de sí misma*. En la actualidad es difícilísimo hacer un seguimiento de las líneas jurisprudenciales, identificarlas, comprender las razones por las que son abandonadas o retomadas, determinar su alcance, etc. Ya es difícil evitar que los alumnos tengan la sensación de que las sentencias no las dicta el Tribunal Supremo, sino el Magistrado Ponente, y que por tanto el Tribunal Supremo no es más que una yuxtaposición de juristas y jueces que tienen en común el alto prestigio pero no el criterio. Y si no cabe armonizar el criterio de los magistrados del Supremo, difícilmente éste cumplirá su función de racionalización de la actividad interpretativa. Quizás por esta razón se ha extendido la costumbre, institucionalmente peligrosa, de citar las sentencias

indicando el nombre del ponente. Casi no hay votos particulares, pero ello no se debe al consenso entre los magistrados, si no más bien a una especie de pacto de no agresión. Esto ocasiona que coexistan (no ya en décadas, sino en un mismo día) líneas jurisprudenciales paralelas e incluso contradictorias, y que no sea fácil determinar cuál es la preponderante, y cuál será la que acoja el Tribunal Supremo en cada caso: se acabó la seguridad jurídica, y se cegó la relativa «fuente del Derecho» que es la jurisprudencia.

Exagero, pero no invento. Ahí están los continuos titubeos sobre el mayor o menor rigor con el que debe apreciarse el incumplimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil, o sobre el alcance de la «perturbación en la posesión o dominio» que pueda justificar la suspensión del pago del precio por mor del art. 1.502. Ahí está la duda de si pueden rescindirse las capitulaciones matrimoniales que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales para adoptar el régimen de separación en perjuicio de terceros, o si por el contrario la subsidiariedad de la acción rescisoria es obstáculo para la prosperabilidad de la misma en tales casos. Ahí están también los constantes titubeos sobre si es válida la donación de inmuebles simulada bajo apariencia de compraventa, o si es nula por no constar el «animus donandi» en escritura pública. O el contraste entre el excesivo rigor que algunas sentencias emplean para dar por probado el dominio en una acción reivindicatoria o en una tercería de dominio, y los casos en los que se conforman con la constancia de un documento privado no impugnado. O la diversidad de raseros para medir la existencia o no de culpa exclusiva de la víctima. O los diferentes criterios utilizados para determinar la condición de «cultivador personal» a efectos de otorgarle el beneficio del acceso a la propiedad. O la calificación como arras «penitenciales» unas veces y «confirmatorias» otras, de pactos literalmente idénticos. O la absoluta imprevisibilidad de si se apreciará la existencia de ejercicio abusivo del derecho, o si por el contrario el tribunal se limitará a decir que sólo hay un ejercicio normal del mismo, etc.

Obsérvese que no se trata de criticar los cambios de criterio de la jurisprudencia, sino su volubilidad e imprevisibilidad. Poco cabe objetar a esas sentencias en las que explícita y razonadamente el Tribunal Supremo anuncia que a partir de entonces la interpretación que haya que dar a un precepto es diferente de la hasta entonces propuesta por la propia jurisprudencia: un magnífico ejemplo lo encontramos en la STS de 21 de octubre de 1991, sobre la facultad de mejorar del reservista ex artículo 811.

Un seguimiento atento de la jurisprudencia pone de manifiesto (y no creo sentirme solo en esta impresión) que, particularmente en lo que se refiere al Derecho civil patrimonial, la jurisprudencia incurre en un doble exceso que aparentemente es contradictorio, pero que responde, creo, a razones similares:

a. Por una parte, *un exceso de decisionismo*: La regla se pliega excesivamente al caso y se relativiza más allá de lo razonable, de manera que a pesar de la insistencia con la que el propio Tribunal Supremo «regaña» a los recurrentes que acuden a la casación como a una «tercera instancia», lo cierto es que no es infrecuente encontrar sentencias en las que no se advierte la más mínima preocupación por sentar criterios, mantenerlos o modificarlos, sino que sólo se razona en contemplación de la «justicia del caso», como si de un Tribunal de Instancia se tratara. Bien está no casar una sentencia de apelación que en atención de las peculiaridades del caso, y ponderando la equidad, forzó una interpretación extraña (aunque posible) de una norma (artículo 3.2 CC); pero menos plausible me parece que esto se haga sin dejar claro el carácter excepcional de la solución adoptada (salvando, por tanto, la regla), o que se case la sentencia de apelación no por infracción de ley o doctrina jurisprudencial, sino por equidad. No creo que el ordenamiento jurídico haya otorgado esta «función de equidad» al Tribunal Supremo.

b. Por otra parte, y en el otro extremo, *un exceso de automatismo*: No es insignificante el porcentaje de sentencias en las que el Tribunal Supremo «se defiende» de la complejidad del problema acudiendo a la comodidad de considerar la cuestión como de carácter fáctico, y por tanto inalterable en casación, cuando en realidad lo discutido no es si debe o no considerarse probado un hecho, sino una noción de carácter jurídico (por ejemplo, la buena fe, la culpa, el incumplimiento de alcance resolutorio, la calificación de un contrato, etc.); o en las que se simplifican excesivamente las posibles razones del recurrente para facilitar su desestimación sin tener que desarrollar una argumentación exigente y matizada; o, sobre todo, sentencias en las que se transcriben agotadoramente y en bloque «retahilas» jurisprudenciales desvinculadas de los casos en los que se fueron forjando, y de las que resulta una conclusión «standard» que hurta todos los matices no ya del caso, sino de la cuestión controvertida, de manera que se empobrece (y a veces se desvirtúa) el sentido de dicha doctrina.

Así ocurre cuando, por ejemplo, en presencia de supuestos completamente heterogéneos (pactos de destinación,

derechos de adquisición preferente, defectos de la obra, dobles transmisiones) el Tribunal Supremo afirma, como si se tratase de una regla general, que son oponibles a los subadquirentes los pactos suscritos por el transmitente con un tercero y que afectan a la cosa transmitida. Si las sentencias en las que esto se afirma se leen con atención, se descubre que o bien el pacto en cuestión era, por su naturaleza, un pacto de naturaleza real (y por tanto con eficacia «erga omnes»), o bien que el subadquirente lo era a título gratuito (en cuyo caso no es «tercero»), o bien, por último, que el subadquirente era de mala fe. Las soluciones, pues, en la mayoría de los casos, son justas, e incluso técnicamente correctas; pero la incorrecta utilización del «precedente» acaba introduciendo una «regla» que, así formulada, acabará con el principio de relatividad de los efectos del contrato.

Otro buen ejemplo lo constituye la doctrina según la cual para la prosperabilidad de la tercería de dominio «es de tener en cuenta la situación de dominio existente al tiempo en que el embargo se efectuó, y no las situaciones dominicales surgidas con posterioridad». Esta doctrina, absolutamente pertinente tal y como está formulada, se generaliza y determina que, por ejemplo, se desestime la tercería cuando el tercerista adquiere después del embargo pero de alguien que, antes de éste, era dueño y no deudor (es decir, pudo haber interpuesto la tercería).

Lo mismo sucede con la afirmación según la cual para adquirir por usucapión es preciso poseer en concepto de dueño, «por lo que el arrendatario nunca puede usucapir»: dicho así es evidente; pero esta afirmación se ha utilizado más de una vez para descartar casos claros de usucapión en los que el poseedor, inicialmente arrendatario, había invertido el concepto posesorio, siéndolo en concepto de dueño (aunqu de mala fe) durante más de treinta años.

Para DIEZ-PICAZO («Codificación, decodificación, recodificación», *A.D.C.*, 1992, p. 480) ésta es «una forma mucho más insidiosa de descodificación» que otros factores a los que más comúnmente se alude (legislación especial, promulgación de la Constitución, expansión de los derechos forales). Sus palabras son lo suficientemente expresivas como para concluir con ellas este apartado: en su opinión, «la integración [por vía de la jurisprudencia] del sistema codificado, arrancando de cláusulas establecidas en él, fueran éstas abiertas o no, obedecía a una labor constructiva, o si se prefiere a una concreción, realizada de forma metodológicamente seria. En la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado (...). Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos».

4. Las causas del desorden que se ha descrito son complejas y escaparían a un análisis apresurado. Pero si no se intenta una reflexión sobre ellas, podría parecer que simplemente se está poniendo en entredicho la pericia y profesionalidad de los magistrados que integran la Sala Primera, cuando desde luego no es esto en absoluto lo que yo pretendo. Mas bien entiendo que son víctimas del proceso descrito, y no responsables. Es verdad que en ocasiones la doctrina científica repara en algunos errores indisimulables del Tribunal Supremo, pero esto no pasa del terreno de lo anecdótico. Más importante es referirse a razones de fondo, que tienen que ver con el contexto en el que se desenvuelve la jurisprudencia, más que a su mayor o menor «calidad intrínseca». Algunas de estas razones están implícitas en lo que ya se ha dicho al ir describiendo el proceso de deterioro.

4.a. No es impertinente aludir al deterioro de las *condiciones de trabajo* del Tribunal Supremo, y muy en particular al volumen de asuntos que hasta él llega, considerablemente superior al de otros países de nuestro entorno. Es evidente que para cumplir satisfactoriamente la función que el ordenamiento jurídico atribuye al Tribunal Supremo, no sólo es preciso que la desempeñen juristas de altura, sino que además disfruten de los medios y el tiempo que esta tarea exige.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre *Medidas Urgentes de Reforma Procesal* pretendió, según explícitamente se dice en su Exposición de Motivos, adecuar el recurso de casación a las tendencias actuales, «que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter protector de la norma alejándolo de cualquier semejanza con un tercera instancia», y «permitir que el Tribunal pueda concretar su atención en velar por la recta aplicación de la Ley y en la creación de una doctrina uniforme». Para ello suprimió el antiguo número 4 del artículo 1.692 de la L.E.C., de manera que en ningún caso cabrá el recurso por cuestiones de carácter probatorio, y además se limitaron las posibilidades de acceso a la casación, por razón de la cuantía del asunto (un mínimo de seis millones de ptas.) o por la exigencia, cuando la cuantía sea inestimable, de disconformidad entre las sentencias de apelación y primera instancia (at. 1.687 L.E.C.). Todo esto, unido al reparto que supone instaurar el recurso de casación civil ante los Tribunales Superiores de Justicia para las materias de Derecho foral o autonómico, supone desde luego un relativo alivio del volumen de trabajo, pero no parece que sea suficiente.

4.b. Alguna responsabilidad incumbe a la *actitud de abogados recurrentes* que usan con ligereza la posibilidad del recurso de casación, o que lo plantean de manera deficiente.

Dado el formalismo del recurso de casación, es frecuente observar cómo el Tribunal Supremo está incómodamente sujeto por los «motivos» imprecisa y forzadísimamente esgrimidos por la parte recurrente. Las cuestiones controvertidas no llegan, así, con la pureza o claridad deseables, por lo que las sentencias tienen el pie forzado de contestar a una pregunta mal formulada. Son significativas, en cambio, esas otras sentencias en las que se transparentan (a veces se hacen explícitos) los argumentos de la parte recurrente en apoyo de los motivos esgrimidos: en esos casos, es decir, cuando el motivo apunta con precisión, la sentencia no es elusiva y suele constituir una buena pieza para el estudio.

4.c. Existe, además, un importante *desencuentro entre la jurisprudencia y la doctrina científica*. Por un lado, la doctrina no elige a la jurisprudencia como interlocutor preferido, y se desarrolla con más frecuencia de la deseable alrededor de sí misma, en un diálogo inteligente y hasta brillante, pero no siempre fecundo. O utiliza la jurisprudencia como «un dato más» a favor o en contra de las argumentaciones que propone, y no como el destino natural de sus aportaciones. Este «onanismo» doctrinal es un despilfarro probablemente inducido por la estructura universitaria, sobre el que habría que reflexionar profundamente. Pero por otro lado el Tribunal Supremo no es apenas sensible a las aportaciones que provienen de la doctrina. Más bien se siente «acosado» por ella, y procura inmunizarse, teniéndose a sí misma como único referente, lo que, ciertamente, resulta muy desalentador. Creo que esta falta de entendimiento entre doctrina y jurisprudencia es un dato tristemente característico del Derecho español (al menos del Derecho civil), en llamativo contraste con lo que ocurre en los países de nuestro entorno. No se trata de que las sentencias citen a los autores como argumentos de autoridad (aunque en algunos casos esto podría ser saludable), sino de que conozcan, acepten o rechacen (pero no ignoren) las sugerencias que desde la doctrina se elaboran para la solución de problemas que la jurisprudencia no tiene satisfactoriamente resueltos.

4.d. Pero considerado el fenómeno en su profundo significado, me parece que la causa más importante es la *lejanía del Código Civil* y su desvalorización como norma jurídica. Tan-
tas veces hemos leído que el Código Civil es anacrónico, que hemos de inventar nuevas maneras de decirlo:

- a. No se trata ya del evidente anacronismo sociológico, cultural o económico; hay particularmente un ana-

cronismo en su *lenguaje técnico* y en su *dogmática* que produce desconfianza en el intérprete, puesto que *la literalidad de la norma pierde su valor como límite de la actividad interpretativa*. La interpretación se convierte en traducción libre de términos que no sabemos si se utilizaron con el significado técnico que hoy tienen atribuidos, o que son trasunto de un estado de la ciencia del Derecho que no conocía los decisivos desarrollos producidos durante este siglo y de los que de ninguna manera puede prescindir el intérprete. Es claro que los límites de la «aplicación» del Derecho son, entonces, tan vagos y difusos, que es difícil con frecuencia distinguirla de la «creación» del Derecho.

b. Estamos demasado acostumbrados a operar con muchas normas que aunque sabemos que están vigentes, apenas sirven ya al haber sido «derogadas» por la realidad (*ex facto oritur ius*). Casi olvidamos lo importante que es un Código civil o, si se prefiere, un Derecho civil bien construido, clarificado y coherente. El nuestro conserva intacto un repertorio de tipos contractuales en los que no están algunos que hoy se sitúan en el centro de la experiencia jurídica (prestación de servicios profesionales, permuta de suelo por apartamento a construir, opción de compra, por no hablar de los mercantiles); mantiene un orden de prelación de créditos muy alejado de las prioridades actuales; se estructura desde clasificaciones (sobre las fuentes de las obligaciones, sobre las cosas, sobre los actos jurídicos) entorpecedoras, que tienen que estar constantemente matizándose y corrigiéndose y que presentan no pocas consecuencias prácticas; adolece de una inconsistencia total en aspectos como la teoría de la persona jurídica, el derecho subjetivo o la teoría de la representación; de una confusión institucional en materia de posesión; de «agujeros negros» en el sistema de la sucesión «mortis causa», etc. Con un Código Civil así es difícil reprochar a la jurisprudencia que dé la impresión de estar empezando a faltarle al respeto. Y sin embargo, un ordenamiento jurídico que no tiene en regla sus bases dogmáticas y sus categorías, condena a la argumentación jurídica, es decir, a la jurisprudencia, a improvisar.

c. No sólo esto. Es que, además, bajo la forma de leyes especiales (menos importantes dogmáticamente, pero situadas en los puntos de mayor conflictividad ju-

rídica) emergen y se desarrollan principios y «lógicas» diferentes a las del Código y más cercanas al contexto constitucional. La relación entre Código y leyes especiales no es de contradicción, pero tampoco de «concreción»; más bien se yuxtaponen: bloques enteros de gran importancia (arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, accidentes de tráfico, casas por pisos, contratos con consumidores, garantías sobre bienes muebles, daños por productos defectuosos) pasan a regularse por normas que carecen de «continuidad» armónica con las del Código, y no ya porque éstas sean excesivamente generales, sino porque provienen de un *universo jurídico diferente*. Esto ocasiona un desordenado trasvase de principios y reglas desde el Código a las demás leyes, y desde éstas al Código; un Derecho desinstitucionalizado, con contenidos normativos plausibles pero que no encajan fácilmente en las bases conceptuales y dogmáticas que sólo el Código puede suministrar; un Derecho que ve cómo se deteriora su valor técnico, político y conceptual, disfuncional, de altos costes y escasa eficacia, y que lanza a la jurisprudencia hacia el casuismo y la equidad. En definitiva, —tal y como DIEZ PICAZO describe, siguiendo a A.S. HARTKAMP, el Derecho civil holandés previo a su reciente recodificación—, «un Derecho de una incontrolable opacidad cuyo contenido se encuentra diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales» (A.D.C., 1992, p. 482).

5. El «discurso» ha acabado adquiriendo tonos casi dramáticos. Si quiere ser algo más que crítico, debe concluir con alguna propuesta. ¿Tiene la doctrina científica algo que hacer para frenar o corregir estas derivas de la jurisprudencia? Yo creo que sí. Es verdad que el deterioro de la jurisprudencia responde, como hemos visto, a causas que difícilmente pueden enderezarse desde la tarea investigadora. Es legítimo pensar, sin embargo, que a la doctrina corresponden algunas funciones que sólo parcialmente está cumpliendo y que supondrían una contribución muy importante.

5.a. En primer lugar corresponde a la doctrina científica la tarea de ayudar a la jurisprudencia a *tomar conciencia de sí misma*. Si la jurisprudencia se produce desorganizadamente, sin control y sin referencias, y si esto ocasiona las disfunciones a que tanto me he referido, será preciso entonces que buena parte de la dedicación investigadora vaya encaminada a hacer *una lectura global, y no de urgencia, de la jurisprudencia*.

dencia. El «tempus» —y el tiempo— del investigador le permite, creo que en privilegiadas condiciones, identificar «líneas jurisprudenciales» sobre las distintas instituciones y hacer el seguimiento de las mismas, señalar contradicciones, aislar los errores que descuidadamente se introducen y se consolidan, aplaudir los aciertos (es decir, las sentencias que exponen con claridad los hechos jurídicamente relevantes y las pretensiones de las partes, que identifican con precisión la cuestión controvertida de fondo, separándola de los aspectos fácticos o procesales, que están cuidadosamente redactadas, que se sitúan a sí mismas dentro de la propia doctrina jurisprudencial, bien para confirmarla, bien para matizarla, bien para cambiarla expresamente). Es necesario poner un espejo al Tribunal Supremo donde pueda conocer la mayor o menor calidad y coherencia de sus jurisprudencia: comentarios de sentencias al estilo de *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, análisis jurisprudenciales de instituciones del tipo de lo que encontramos en *Aranzadi Civil*, secciones jurisprudenciales en las revistas científicas al estilo del *Anuario de Derecho Civil*, monografías en las que se sepan leer y clasificar las sentencias en función del *factum* —los supuestos y los problemas— y no del *dictum* —las afirmaciones vertidas en los fundamentos de Derecho, abstraídas de su contexto «problemático», que se utilizan a veces sólo como referencias que apoyan o desmienten determinada tesis doctrinal—, etc. En definitiva: a la doctrina compete «depurar» la jurisprudencia. Salvar la que todavía es reconocible, medir el alcance de regla o de excepción de determinadas afirmaciones, seleccionar lo que es doctrina jurisprudencial de lo que es pura argumentación referida al caso concreto, etc.

5.b. Además, la doctrina debe procurar *suministrar a la jurisprudencia referencias externas*, proponerle criterios de solución para problemas que no tenga satisfactoriamente resueltos. Muy particularmente, debe darle a conocer la jurisprudencia extranjera, sobre todo en los casos en los que ésta se haya producido desde presupuestos legales semejantes a los de nuestro Derecho. La *jurisprudencia comparada* es, más allá incluso que el propio Derecho comparado en sentido estricto, un método especialmente fecundo que no está suficientemente explotado entre nosotros, porque da forma a problemas que aquí sólo están planteados de manera implícita, y porque proporciona criterios fiables, contrastados, que podrán ser (no copiados miméticamente, sino) tomados en consideración por nuestra jurisprudencia.

6. Acabo como lo hacen los malos trabajos de los estudiantes: afirmando con alguna vehemencia la necesidad y la oportunidad de acometer una reforma en profundidad del Código civil, o si se quiere, una *recodificación del Derecho privado*.

Cuando digo necesidad lo hago desde la contemplación de las disfunciones que para la seguridad jurídica y probablemente para la justicia está ocasionando, como hemos visto, el fenómeno que comúnmente se denomina descodificación. Cuando digo oportunidad estoy ponderando las ventajas esperables de una reforma junto con los riesgos que todo cambio entraña. En realidad no puedo saber si «los tiempos están maduros», para una tarea de cierta envergadura —puesto que formo parte de este «tiempo»—, ni sé cuánto puede durar dicha tarea. Lo que sí digo es que las malas tendencias que he descrito no podrán corregirse si esta generación de juristas no comienza ya a «emanciparse» del Código civil en su tarea investigadora, situando en su propio horizonte, y no en el de las generaciones venideras, esta reforma. La doctrina civilista debe plantearse ya explícitamente la posibilidad de una reforma en profundidad del Código, o incluso la redacción de un nuevo Código civil, distanciándose de esa especie de pacto tácito de «no tocarlo» que probablemente ha estado justificado hasta ahora precisamente por la extraordinaria mutación postconstitucional del resto del ordenamiento. Tengo la opinión de que el precio de esta justificada actitud está comenzando a ser alto.

Lo de menos es si se hace o no un nuevo Código, si se opta por reformar en profundidad el que ya tenemos o se prefiere uno de nueva planta, si se sigue con la forma «código» o más bien se considera más cómoda y funcional la técnica de la legislación sectorial. Es posible que en el fondo ello no sea sino un falso debate: me parece que a fin de cuentas la palabra «código» ya no puede tener la misma significación que el siglo pasado, y que abandonada la pretensión de encerrar todo el Derecho privado en un cuerpo «intrínsecamente sistemático», da igual reunir organizadamente materias diversas en capítulos de un código o ley general, o promulgar leyes separadas, siempre que se establezcan unos mecanismos que permitan mantener el carácter mínimamente sistemático del ordenamiento: sistema de referencias, auto y heterointegración, supletoriedad, interpretación sistemática, criterios para la resolución de los conflictos normativos, etc. En todo caso, y esto es lo que quería decir, la técnica legislativa no es lo primero que hay que decidir, pues previsiblemente vendrá condicionada por el alcance que se quiera dar a la reforma y por el resultado del largo y lento proceso de revisión técnica que debe acometerse en sede científica. Si «recodificación» es esto, es decir, si alude a este programa colectivo de investigación con vistas a una reforma «importante» del Derecho privado, aceptemos entonces el término.

Esta «recodificación» traería consigo, desde luego, una saludable *revitalización de la doctrina española*, que volvería a encontrar una nítida motivación para su trabajo: no ya ganar méritos, pasar el concurso o ver el propio nombre en letra impresa, sino preparar concienzudamente los materiales para la reforma.

El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa

MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO
Profesor Titular de Derecho civil

A D. Juan Roca Juan, mi maestro.

SUMARIO: CAPÍTULO PRIMERO. EL FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN. A) Origen: Derecho romano. B) Alta Edad Media. C) Leyes de Toro. D) El proceso codificador y el Proyecto de 1851. E) Elaboración del Código de 1889. F) El fundamento de la colación en el Código civil. a) Refutación de la opinión que fundamenta la colación en la voluntad presunta del causante. b) Refutación de la doctrina que basa la colación en la consideración de la liberalidad como anticipo de herencia. c) Conclusión. CAPÍTULO SEGUNDO. DISPENSA DE COLACIÓN E IMPUTACIÓN. A) Colación e imputación. B) Dispensa de colación cuando el donatario no ha recibido lo que por legítima le corresponde. C) Dispensa de colación cuando todos los legitimarios han recibido su legítima estricta. D) Imputación y colación de las donaciones hechas a los ascendientes. CAPÍTULO TERCERO. EL ACTO DE DISPENSA. I. CARACTERIZACIÓN DEL ACTO DE DISPENSA. A) La dispensa como acto *mortis causa*. B) El acto en que se puede insertar la dispensa. a) La dispensa en testamento. b) La dispensa simultánea a la donación. c) La dispensa en acto posterior a la donación distinto del testamento. C) Relaciones entre la dispensa y la donación dispensada. D) Revocabilidad o irrevocabilidad de la dispensa. a) En general. b) Revocabilidad de la dispensa acordada en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. c) Revocabilidad de la dispensa cuando donación y dispensa se han aceptado indisolublemente. E) Caracterización de la dispensa: conclusión. II. FORMA DE LA DISPENSA: NECESIDAD DE QUE SEA EXPRESA. III. REVOCACIÓN DE LA DISPENSA. a) El acto en que se puede insertar la revocación. b) Relaciones entre dispensa y testamento: su recíproco efecto revocatorio.

CAPITULO PRIMERO

EL FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN

La colación hereditaria tiene fama de ser un tema difícil e intrincado, y con razón. Su configuración no es nada fácil, debido, por una parte, a su íntima relación con otras instituciones sucesorias no menos complejas, como la legítima, la mejora y la partición, especialmente; por otra, a que su caracterización técnica ha variado a lo largo de la historia, de manera que partiendo del Derecho romano ha tenido una evolución diferente en cada uno de los sistemas jurídicos deudores del mismo.

La materia que nos ocupa apenas ha sido tratada por la doctrina española, aparte de manuales y obras generales, y cuando lo ha hecho se ha preocupado sobre todo de los problemas de valoración de los bienes colacionables (1). Y aún menos atención ha merecido el problema de la dispensa de colación, el carácter de este acto, y las dificultades que presenta su imputación.

En las siguientes páginas vamos a tratar de examinar las distintas cuestiones que plantea el acto de la dispensa, y los efectos de la misma.

Por partir de un punto firme, podemos decir, conforme a la doctrina general, que la colación hereditaria es la agregación que deben hacer a la masa partible los legitimarios que concurran como herederos a una sucesión con otros de la misma clase, del valor de las liberalidades que hubieren recibido del causante, en vida de éste, para repartirlo en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias (2).

Ahora bien, ¿por qué impone la ley este deber de traer a paración los bienes recibidos a título gratuito del causante? Aunque parezca mentira, esta cuestión central —el fundamento de la colación— es una de las más discutidas a propósito de esta figura, sin que hasta ahora se haya llegado a soluciones que convengan plenamente a la doctrina y sobre las que haya total acuerdo en la jurisprudencia (3).

(1) La única monografía dedicada en España al tema es de DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965. Merecen también destacarse los trabajos de ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989; y VALLET DE GOYTISOLO, especialmente *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982.

(2) Compárese con CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 376.

(3) Un compendio de todas las justificaciones que se han dado a la colación se encuentran en esta frase de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989: «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria».

Como este trabajo está dirigido a estudiar la dispensa de la colación, parece ineludible detenerse en el fundamento global de esta institución sucesoria. Precisamente, muchos autores consideran que, al permitirse la dispensa por el art. 1036 C.c., el origen de esta figura es una presunción legal de la voluntad del causante de que sus liberalidades *inter vivos* se consideren como anticipo de la cuota hereditaria del gratificado. Así, la explicación del fundamento de la colación nos dará también la clave del fundamento de la dispensa.

En nuestra opinión, el error de la mayoría de las posturas sobre el porqué de la colación está en que se la trata de modo completamente particularizado, con independencia de otras instituciones de Derecho sucesorio, en especial, de las legítimas. Tanto esfuerzo ha puesto la doctrina reciente en dejar claro que la colación no es lo mismo que la imputación y la defensa de las legítimas, que parece haber olvidado que aquélla sólo se produce entre los herederos forzosos y que, por tanto, todo tratamiento del tema no ha de olvidar esta circunstancia básica. La regulación y finalidad de este instituto ha estado siempre íntimamente ligada a la consideración que a lo largo de la historia se ha dado a la familia, a su organización; cuestiones a su vez muy relacionadas con la estructura de la propiedad y su transmisión *mortis causa*.

En realidad, parece que la colación es una institución que se ha conservado por distintas razones según las legislaciones y las épocas, y así su mantenimiento ha basculado entre la voluntad presunta del causante, por una parte, y consideraciones legislativas sobre la organización de la familia y la estructura de la propiedad, por otro.

A) ORIGEN: DERECHO ROMANO

Según es doctrina común (4), la colación surgió en el Derecho romano como remedio de equidad para paliar una injusticia manifiesta. A consecuencia de la actuación del Pretor, los hijos emancipados fueron admitidos en la sucesión *ab intestato*, o, si habían sido preteridos en el testamento, *contra tabulas*. Sin embargo, ello creaba una desigualdad evidente entre los hijos que habían permanecido bajo la potestad paterna y los emancipados; estos últimos habían tenido posibilidad de formar un patrimonio propio tras la emancipación, mientras que los primeros no, pues todas sus adquisiciones eran para el padre. Ante esta situación, el Pretor impuso que los emancipados que pretendieran he-

(4) GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937; D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 4.^a ed., Pamplona, 1981, §§ 258 y 259, pp. 325 y 326, y § 271, p. 334; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 18.^a ed., Madrid, 1986, § 391, pp. 909 y 910; VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, 1960, pp. 608 y ss.; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, traduc. de Daza Martínez, Madrid, 1986, pp. 789 y ss.

redar a su padre *ab intestato* o *contra tabulas* trajeran a colación y repartieran con los no emancipados todo lo que habían adquirido como consecuencia de su capacidad patrimonial.

Esta solución se aplicó igualmente después para el caso de la hija dotada, que había casado *sine manu* (y por tanto seguía perteneciendo a la familia de origen), o bien era *sui iuris*. La hija debía traer a colación hereditaria la dote recibida al contraer matrimonio.

Así pues, en el Derecho romano clásico la colación surge para solucionar un problema causado por la estructura de la familia y la incapacidad patrimonial de los hijos *in potestate*.

Una vez que, a través de numerosas excepciones, se fue admitiendo la capacidad patrimonial de los *alieni iuris*, la colación, tal como estaba planteada anteriormente, perdió su razón de ser. La situación familiar y patrimonial que la había justificado se extinguió.

Así las cosas, podría haber sucedido que la colación desapareciese. Sin embargo, sobre la base especialmente de la *collatio dotis*, este instituto se fue manteniendo por distintas disposiciones imperiales, hasta que Justiniano le dió la base configuradora de lo que ha llegado a nuestros días como colación. Por un lado, se restringió a las liberalidades llamadas *ob causam*, es decir, a los casos de la dote, la *donatio propter nuptias*, y la *ad emendam militiam* (para obtener un cargo público) (5); por otro lado, se extendió a la sucesión testada (6). No obstante, el causante podía imponer la colación de las donaciones simples (Cod. VI, XX, 20), o dispensar de las colacionables, siempre que esto último lo hiciera «*expresim*» (Nov. XVIII, 6). Se dice entonces que esta figura, de justificarse por la solución de un problema familiar, pasa a hacerlo en la voluntad presunta del causante (7).

(5) Cod. VI, XX, 17, y XX, 20. Ahora bien, y esto es importante de cara al desarrollo posterior del trabajo, si uno de los hijos colacionaba una donación causal, los otros habían de colacionar las donaciones simples que hubieran recibido (Cod. VI, XX, 20).

(6) Nov. XVIII, 6. Justiniano lo justificaba porque el causante, al hacer testamento, podía haber olvidado la donación que hizo en vida: «*quoniam incertus est, ne forsán oblitus datorum aut pro tumultu mortis angustatus huius non est memoratus*». Razón difícilmente aceptable que YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sexquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, § I, n. 3, p. 473, consideraba un camelo: «*ubi scriptores adeo muti, perplexique sunt, ut citius camelus (ut est in proverbio) Pyri-chiam didicerit, quam illorum possis percipere sensum*».

(7) GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937, p. 20. En este sentido, señala MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VII, 6.^a ed. por Bonet Ramón, Madrid, 1943, p. 537, que «Estríbaba la razón de la diferencia en que tratándose de dote, de donación “*propter nuptias*”, de donación para evitar una carga, debía suponerse que el ascendiente era inducido por la necesidad de cumplir un deber, y que, por ello, si se hubiese presentado la ocasión, hubiera hecho lo mismo por los otros descendientes: de aquí la necesidad de tener en cuenta aquella donación en las relaciones sucesorias. Tratándose, por el contrario, de donaciones simples, el donante demostraba su intención de querer beneficiar con preferencia al descendiente en favor del cual la hacía».

B) ALTA EDAD MEDIA

En España, durante la Alta Edad Media, al desaparecer el Reino visigodo, el poder público en la zona cristiana era enormemente débil, de manera que en estas circunstancias la familia adquirió un papel esencial (8); por ello, no es de extrañar que, a diferencia del Derecho romano, la propiedad del padre de familia apareciese como una propiedad cuasi comunal (9).

Esta nueva situación influyó evidentemente en el Derecho sucesorio, de manera que la capacidad dispositiva *mortis causa* se limitó enormemente (10); desapareció la facultad de mejorar que había establecido la ley *Dum illicita* de Chindasvinto; y se impuso la división forzosa igualitaria del patrimonio hereditario entre los parientes, especialmente los hijos. Y hasta tal punto se pretendía esta igualdad que algunos Fueros establecieron que el quinto de libre disposición se hubiera de legar forzosamente en favor del alma, o a un extraño, pero en ningún caso a un heredero legitimario en perjuicio de los otros (11).

(8) MONTANOS FERRIN, Emma, *La familia en la alta edad media española*, Pamplona, 1980, pp. 161 y 162; OTERO, «La mejora», *AHDE*, XXXII, 1963, p. 73.

A ello contribuyeron también las necesidades de la Reconquista y la Repoblación, que provocaron en un primer momento la falta de articulación de una sociedad feudal al estilo europeo de la época; *vid.* SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El régimen de la tierra en el reino asturleonés hace mil años*, Buenos Aires, 1978, pp. 199 y ss.; DE MOXÓ, *Repoblación y sociedad en la España cristiana medieval*, Madrid, 1979, pp. 112, 113, 120 y 162 a 167.

(9) En opinión de MONTANOS, *La familia en la alta edad media española*, Pamplona, 1980, pp. 171 y 172, «Los padres con sus hijos tienen una masa patrimonial común de la que son copropietarios. Los padres hacen a sus hijos copropietarios de la masa familiar de bienes; los hijos se encuentran en idéntica situación que la de sus padres; tienen el mismo derecho que sus padres al patrimonio común; es decir, que aparte de la comunidad de vida existe entre ellos una comunidad patrimonial ... Los bienes objeto de la masa común de que son propietarios los padres con sus hijos permanecen entre ellos *pro indiviso* y han de ser comúnmente explotados ... Los hijos tienen sobre los bienes que constituyen el elemento económico sobre el que se levanta la mancomunidad patrimonial con sus padres, unos derechos positivos; no se trata en ningún caso de una mera expectativa de derecho; es un derecho actual sobre los bienes, dado el carácter de copropietarios que unos y otros tienen». En el mismo sentido, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval», en *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, pp. 308 y ss. *Vid.* también DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pp. 53 y ss.

(10) En general, sólo se podía disponer de un quinto, en favor del alma: DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, especialmente pp. 62, 63 y 78; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, pp. 73 y ss.; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media», en *Estudios medievales de Derecho privado*, pp. 325 y 334 y ss.

(11) Fuero de Salamanca, XXXI, «Todo ome que su aver mandar en su salute por su alma quanto mandar sea todo estable, e lo que mandar en eglefia o en hospitales o

En armonía con lo anterior, lo que hoy llamamos colación —y que entonces difícilmente se podía calificar como tal— desempeñaba un papel fundamental, al servicio de esa igualdad sucesoria entre los hijos. Los Fueros establecen que, en todo caso, y sin distinción entre las diferentes clases de donaciones, los hijos habían de restituir a la masa hereditaria los bienes que hubiesen recibido del causante en vida de éste, para partírselos con sus hermanos (12).

C) LEYES DE TORO (13)

Sin embargo, en contra del régimen anterior, los Fueros más tardíos empiezan a recoger de nuevo la olvidada institución de la mejora, y se observa en la práctica cotidiana la costumbre de emplear en favor de uno de los hijos la expresión «mejora de tercio y quinto» (14).

Esto tiene también su explicación política y económica. Las relaciones feudales —desarrolladas especialmente a partir del s. XI— habían sufrido una profunda crisis al comienzo de la Baja Edad Media, con la aparición de las ciudades, una incipiente burguesía comercial, y también por la mayor productividad de los cultivos, que beneficiaba más a los colonos que a los señores. Por tanto, la nobleza comenzó a tener dificultades, atacada tanto por la Corona, como por el desarrollo de la economía (15).

hu quisiere non lo mande a fijo nin a pariente por los otros desheredar»; Fuero de Cuenca, X, 27: «quod neque pater, neque mater aliquid possint dare alicij filiorum suorum, neque sani, neque infirmi; set omnes equaliter accipiant, tam in mobili, quam in radice»; Fuero de Alcalá, 268.

(12) Por ejemplo, el Fuero de Plasencia, 477, decía: «Quando los parientes a los hijos, et a las fijas boda fizieren quanto queles dieren establecido sea. Si los otros hermanos de otro entregamiento pudieren auer que quando ala partición unieren igualmente deue auer aquel que de sus parientes muertos fuere. Si en el día dela partición los otros hermanos que non tomaron, non ouier de que se puedan entregar, adugan ala partición quanto auer de sus parientes ouiere tomado, o ouieran que igualmente se puedan pareiar». También, Fuero de Cuenca, X, 22.

Tan estricto era el deseo de igualdad que algunos Fueros incluso recalcan que no había diferencia alguna aunque uno de los hijos estuviere enfermo: Fuero de Plasencia, 478, Fuero de Cuenca, X, 27.

(13) No hacemos aquí referencia a las Partidas, pues en esta materia fueron de nula aplicación. Por otra parte, recogían en lo fundamental los preceptos del Derecho romano; *vid.* Part. 6, tít. XV, 11. 3 y ss.

(14) Fuero Real, lib. III, tit. V, 1. IX; Fuero de Soria, 316; Fuero de Cuenca, a partir del Privilegio de Sancho IV de 1285.

OTERO, «La mejora», *AHDE*, t. XXXIII, 1963, pp. 77 y ss., y 107 y 108; ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, pp. 69 y ss.

(15) Sobre la materia es fundamental la obra de CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, 2.^a ed., Madrid, 1989. Acerca del contexto económico, social y político en el que surgió el mayorazgo, *vid.* especialmente pp. 109 a 117. Desde un punto de vista más general, puede verse también VALDEON, *Historia de España*, dirigida por Tuñón de Lara, t. IV, 3.^a ed., Barcelona, 1987, pp. 125 a 136. De cualquier modo, el origen y las causas del mayorazgo sigue siendo cuestión muy discutida, sobre la que no pretendemos, desde luego, sentar cátedra.

Ante ello, hubo de reaccionar y acomodarse a los nuevos tiempos. Una de las nuevas fórmulas que surgieron para ello fue la aparición de los mayorazgos, especialmente desde la segunda mitad del siglo XIV. El mayorazgo suponía la sujeción de una determinada masa patrimonial, que pasaba normalmente al primogénito de cada familia, y cuyos bienes no podían ser ni enajenados, ni embargados, ni comprometidos de ninguna forma. De esta manera, la nobleza se aseguraba su supervivencia con la indivisibilidad de su patrimonio y la imposibilidad de su gravamen.

Hito fundamental en la evolución de los mayorazgos, y de nuestro Derecho sucesorio en general, fueron las Leyes de Toro de 1505. En contra de lo que se ha dicho, no supusieron éstas una reforma radical del sistema anterior, sino más bien la confirmación de la reacción de la nobleza frente al peligro de pérdida de su situación privilegiada (16).

Las leyes XL y siguientes regularon la institución del mayorazgo, estableciendo la posibilidad de fundación del mismo por licencia real, o bien reconociendo su existencia por costumbre inmemorial (ley XLI). Y era tal el deseo de favorecer el mayorazgo que la ley XLVI dispuso que toda mejora o reparación hecha en los bienes vinculados quedara incorporada al mayorazgo, sin que la mujer tuviese derecho a su parte correspondiente en los gananciales gastados con esa finalidad.

Además, la doctrina admitió que el fundador del mayorazgo pudiese, mediando autorización real, privar de la legítima a los hermanos del primogénito, con tal que les dejase alimentos suficientes (17); y, en el mismo sentido, se hicieron frecuentes los pactos de renuncia a la legítima para permitir la constitución de mayorazgos en favor del primogénito (18).

(16) CLAVERO, *cit.*, p. 123; BERMEJO CABRERO, «Sobre nobleza, señoríos y mayorazgos», *AHDE*, LV, 1985, pp. 289-294.

(17) MOLINA, *De primogeniorum hispanorum origine, ac natura, libri quatuor*, Lyon, 1749, lib. 11, cap. 1, ns. 10 y ss., pp. 228 y 229; GÓMEZ, Antonio, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley 40, n. 57, fol. 128; PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785, I, III, 2, p. 74; Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX*, t. I, Madrid, 1829, glosa 10 a ley 2, tít. XV, Part. 2, pg. 517. Incluso algún autor, como VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De Successionum Creatione, Progressu, Executione et Resolutione Tractatus*, Salamanca, 1559, II, § XX, 310, fol. 236, llega a admitir que se constituya mayorazgo sin necesidad de reservar alimentos a los demás hijos.

(18) Así, GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley XXII, 6 y ss., fols. 79 y ss., señala que la nulidad del pacto de non sucedendo «procedi et debet intelligi, quando non intervenit iuramentum: secus tamen est si interveniat iuramentum: quia tunc bene valet»; igualmente, MOLINA, *De primogeniorum hispanorum origine, ac natura, libri quatuor*, Ludguni, 1749, lib. 11, cap. III, n. 5, p. 243. Trata exhaustivamente el tema, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De Successionum Creatione, Progressu, Executione et Resolutione Tractatus*, Salamanca, 1559, II, § XVIII, 53 a 299, fols. 114 a 147. Desde un punto de vista histórico, MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, especialmente pp. 276 y ss.

Junto al mayorazgo, las leyes de Toro determinaron el régimen de las legítimas, y especialmente de las mejoras de tercio y quinto. Ambas cuestiones tienen estrecha relación. Aparece ahora la llamada mejora del tercio y quinto como una posibilidad puesta al servicio de la constitución de los mayorazgos. Tanta relevancia tuvo el tercio y quinto de mejora en cuanto a la institución del mayorazgo, que incluso alguna obra posterior tenía por objeto el estudio conjunto del mayorazgo y la mejora (19).

Decía la ley XXVII que «quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento, ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vinculos, submisiones, y substitutiones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legitimos que hayan derecho de les poder heredar ... Los quales dichos vinculos y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el Testador declarare, sin hacer diferencia de quarta ni quinta generacion». La doctrina de la época interpretó en general esta disposición en el sentido de que no hacía falta licencia real para fundar mayorazgo sobre el tercio y quinto (20), e incluso algunos autores consideraron que la mejora hereditaria con sustitución se presumía mayorazgo (21).

Por otra parte, estaba claro que en las sucesivas transmisiones *mortis causa* de la titularidad del mayorazgo, los hermanos del sucesor e hijos del causante sólo tenían derecho a heredar su legítima sobre los bienes que no estuviesen vinculados. Teniendo en cuenta, además, que mediante mejora de tercio y quinto podía el titular del mayorazgo incluir nuevos bienes en el mismo, en detrimento de los demás hijos.

Por tanto, es evidente que en esta época las legítimas, al menos entre la nobleza, tenían escasa aplicación, y los derechos de los legitimarios

(19) PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785 (la primera edición es de 1575).

(20) MOLINA, *cit.*, I, 1, 25, pl 5, y AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Salamanca, 1591, tít. 6, 11, 32, fol. 173, llegan a llamar ignorantes («imperitos») a quienes opinaban lo contrario; PELÁEZ DE MIERES, *cit.*, Praefatio, 70, p. 9; ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum*, tít. 6, libr. 5, Madrid, 1592, 11, 2, 6, p. 581; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, III, § XXXVI, 95 a 97, fols. 138 y 139.

Esta es la opinión que prevaleció en la doctrina y en la práctica, a pesar de las reticencias de algunos de los primeros comentaristas, como PALACIOS RUBIOS o Antonio GÓMEZ. *Vid.* CLAVERO, *cit.*, pp. 134 a 136.

(21) PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1785, Praefatio, 54, p. 7; Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX*, t. 1, Madrid, 1829, glosa I a Part. 2, tít. XV, ley II, p. 512.

se redujeron enormemente. En este sentido, decía Vázquez de Menchaca que «legitima de iure tantum positivo, non etiam naturali debetur ... quod legitima in totum possit tolli per statutum» (22).

En cuanto a la colación, establecía la ley XXIX que «Quando algun hijo ó hija viene a heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas ...». La doctrina interpretó que las únicas donaciones que habían que traerse a colación eran precisamente la dote y la donación *propter nuptias*, y cualquier otra que fuera *ob causam*. Las demás, llamadas simples, no se entendían sujetas a colación (23). Ello resultaba, no sólo de la ley XXIX, sino también de la XXVI, según la que toda donación hecha a hijos o descendientes se reputaba mejora, aunque el donante no hubiese señalado que mejoraba (24).

¿Por qué habían de colacionarse sólo la dote y las donaciones por razón de matrimonio, y las demás, en cambio, se reputaban mejora? (25). La doctrina solía señalar que la razón era que aquellas liberalidades tenían cierto matiz de onerosidad, en cuanto el causante estaba en cierto modo impelido a realizarlas, lo cual no sucedía con las donaciones

(22) *Cit.*, II, § 320, fol. 238.

(23) GUTIÉRREZ, *Practicarum quaestionum civilium*, II, quaest. LXIV, 3, en *Opera omnia*, t. I, Lyon, 1730, p. 246, glosando la ley 29, dice «Y las otras donaciones, debet exponi et intelligi, scilicet similes, ob causam, et quae in legitimam imputetur, non vero de simplicibus donationibus, quae ipsae non conferuntur, neque in legitimam imputantur». También GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, nn. 13 y 29, fols. 99 y 104; AYERVE DE AYORA, *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, II, III, 6, fol. 77; AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Salamanca, 1591, tít. 6, 10, 26 y ss., fols. 166 y ss.; YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, 1 y 2, p. 471.

(24) Ley XXVI: «Si el padre ó la madre en testamento ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoren en el tercio ó en el quinto, entiendese que le mejorarán en el tercio y quinto de sus bienes ...».

(25) Desde luego, no cabe explicarlo sólo por un prurito romanista, ya que no se recogen algunos matices importantes del Derecho justinianeo; especialmente, según éste, si uno de los hijos colacionaba las donaciones *ob causam*, los demás tenían que colacionar las simples; cosa que no sucede ahora. Igualmente, según la ley XVII, las donaciones simples hechas a los hijos en potestad también se reputaban mejora («ora esté en poder de padre que hizo la dicha mejoria ó no»). En este sentido señalaba YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum Sesquicenturia*, Madrid, 1612, Diff. 150, § I, n. 4, 473, que «hodie omissis iis vetustatis ambagibus, simpliciter, seu indistincte tenendum est, donationem simplicem conferendam non esse, neq; a filio familias, neq; ab emancipato».

simples (26). Sin embargo, parece que la razón era otra, más profunda. La dote desviaba los bienes del constituyente hacia la familia del que contraía matrimonio con la hija, y como la intención de la ley era precisamente mantener el esplendor de la nobleza y la conservación de las familias, era lógico que la dote se considerara como pago de la legítima estricta (27).

Esto es tan claro que, posteriormente, en 1534, se dictó una Pragmática (Nueva Recop., libro V, tít. II, ley 1) por la que se ordenó que «ninguno pueda dar, ni prometer por vía de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tacita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos»; limitándose, además, la cuantía de la dote según el patrimonio del dante (28).

Esta disposición, sin embargo, contradecía la ley 22 de Toro que permitía mejorar en el tercio y quinto a los hijos o descendientes «por vía de casamiento». La aparente contradicción la resolvió con facilidad la doctrina, señalando «*Quamquam autem in filia, hoc correctum sit per hanc legem (ne scilicet meliorari possit matrimonii ratione) tamen in filio masculino, ille legem servanda sunt*» (29).

(26) Argumentaba GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, 12, fols. 98 y 99, diciendo «*Quia non videtur ex mera liberalitate, sed motus vel compulsus ex illa causa, et per consequens videtur facta animo compensandi: alia vero est donatio pura, mera et simple, sine fomento alicuius causae: et illa non confertur, quia procedit ex mera et absoluta liberalitate, et non pendet ab aliqua alia causa, et per consequens non videtur facta animo compensandi*». En el mismo sentido, ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum*, tit. 6, libr. 5, Madrid, 1592. I, 10, gl. 3, 5, pp. 554 y 555; YÁÑEZ PARLADORIO, *cit.*, Diff. 150, 3 a 5, p. 471; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, III, § XXX, 268 y 269, fol. 242.

(27) Además, eran frecuentes los pactos por los que la hija, «dote contenta», renunciaba a sus derechos en la herencia de los padres: lo cual, sin embargo, era contrario al Derecho Civil. Así, acepta la validez de tales pactos, mediando juramento, GÓMEZ, *cit.*, ley XXII, 6, fol. 79, que cita en apoyo de su opinión el capítulo *Quamvis pactum*, del libro VI de las Decretales: «*quan uis pactum (de renuncia) patri factum a filia dum nuptui tra debatur, ut dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet improbat lex civilis si tamen iuramento, non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet, cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum*»; MOLINA, *cit.*, II, III, 28, p. 246; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *cit.*, II, § XVII, 40, fol. 78, y § XVIII, 53, fol. 114. En la misma línea, señalaba GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, art. 658, pp. 105 y 106, que algunos autores consideraban que tampoco se podía, con ocasión del matrimonio de la hija, hacer promesa de no mejorar a los otros hijos. *Id.*, ampliamente, MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 276 y ss. Todavía se hace eco de estos pactos el art. 377.2.^o del Código de Sucesiones de Cataluña.

(28) Se justifica la norma por «la desorden, y daños, que somos informados que se han recrecido, y recrecen de las dotes excesivas que se prometen».

(29) BAEZA, *De non meliorandis dotis ratione filiabus*, 1, 27, en *Opera Omnia*, Madrid, 1592, fol. 7.

La colación, después de las Leyes de Toro, quedó muy desdibujada (30). Por una parte, al producir la colación siempre un efecto de igualdad entre legitimarios, el desinterés que el legislador manifestó por esa igualdad (31) produjo que la colación se limitara a determinados supuestos muy concretos; de ahí que la doctrina considerara que para que la donación simple fuera colacionable, esto se debía señalar por el causante *expresim* (32) (o sea, justo lo contrario de lo que ahora dispone el Código civil). Por otra, las liberalidades declaradas colacionables por la ley (en especial la dote) nunca podían sobrepasar la legítima estricta de la dotada, por lo que se explica que la colación acabara confundiéndose con la imputación a la legítima.

Igualmente, la dispensa de colación era un tema que prácticamente no tenía interés. En primer lugar, porque la distinción entre el quinto de libre disposición y el tercio de mejora casi no existía en cuanto a las liberalidades hechas a los hijos; ambas cuotas se consideraban mejora en sentido amplio. En segundo lugar, toda donación a los hijos se reputaba mejora, salvo que se tratase de donaciones *ob causam*, en cuyo caso había que colacionarlas. Y si el causante no quería su colación, se consideraba mejora, primero del tercio y después del quinto (33), con lo que la alternativa no era colación o dispensa, sino colación o mejora.

No obstante, los primeros comentaristas de las Leyes de Toro siguieron distinguiendo, al menos formalmente, la colación de la computación e imputación, influidos lógicamente por su formación en el *ius commune*. Sin embargo, no es de extrañar que fruto de la escasa relevancia de la colación en las leyes, y su defectuosa distinción de la imputación, los autores posteriores acabaran por confundir ambas figuras —colación e imputación—, confusión que se mantuvo hasta el umbral mismo de nuestro Código civil (34).

(30) En este sentido, señala muy acertadamente NÚÑEZ LAGOS, «La colación hereditaria: historia y crítica de los problemas de valoración (Una conferencia de Marín Monroy)», *RGLJ*, t. 180, 1946, p. 724, que «Las mejoras hereditarias tácitas de las Leyes de Toro desplazan la teoría de la colación».

(31) Como decía YÁÑEZ PARLADORIO, *op. et loc. ult. cit.*, «nihil interesse, an inter fratres exurgat inaequalitas, an non exurgat: extat huius rei ratio: nam cum lex 26 Tau. definiat, donationem simplicem, intellectum ibi, factam fuisse meliorationis titulo».

(32) GÓMEZ, *cit.*, ley XXIX, 29, fol. 103; YÁÑEZ PARLADORIO, *cit.*, Diff. 150, § 2, p. 475.

(33) La doctrina defendía la imputación de la mejora primero en el tercio y luego en el quinto aduciendo que de lo contrario el causante se privaba de poder hacer legados en favor del alma o de un extraño. ANGULO, *cit.*, 1, 10, gl. 3, 9, pp. 557 y 558; AZEVEDO, *cit.*, tít. 6, 10, 23, fol. 165; GÓMEZ, *cit.*, ley XVII, 2, fol. 68, y XXIX, 30, fol. 104, rechazando la opinión contraria de Palacios Rubios.

(34) Amplia referencia a esta confusión desde la segunda mitad del XVIII, en VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, pp. 243 y ss.

En definitiva, la colación en las leyes de Toro desempeñó un papel muy limitado, pudiendo señalarse que su fundamento era, en los casos en que se establecía, el deseo del legislador de favorecer la vinculación de bienes en favor de los varones primogénitos, y la débil posición de la hija en la sucesión de los padres.

D) EL PROCESO CODIFICADOR Y EL PROYECTO DE 1851

A finales del siglo XVIII, comenzó definitivamente la decadencia de la nobleza, y el ascenso de la burguesía por contraposición a aquella. Fruto de ello fue la Revolución Francesa de 1789, que supuso la desaparición de todo tipo de privilegios por razón de nobleza, así como la extinción de los derechos de primogenitura, y, en definitiva, los residuos del Antiguo Régimen.

En materia de Derecho de sucesiones, la legislación revolucionaria se propuso descomponer el sistema feudal y promover un orden social nuevo fundado sobre la idea de un individualismo igualitario. Con este fin, se transformó radicalmente el sistema hereditario anterior, de forma que se limitó en gran medida la sucesión testamentaria pues el libre juego de la voluntad podría poner en peligro la implantación del orden social nuevo (35). Consecuentemente, se impuso un feroz igualitarismo entre los herederos legitimarios, reduciéndose la cuota de libre disposición a 1/10 del caudal, que además había de señalarse a extraños; «era necesario evitar que se mantuviera la tradición de constituir una primogenitura (*ainè*) y, más generalmente, que se suprimiera la magistratura familiar del padre de familia» (36). Lógicamente, en este ambiente la colación tenía una importancia básica: todo lo recibido por donación *inter vivos* por cualquier legitimario debía ser restituido a la masa para repartirlo con los hermanos.

Posteriormente, el *Code* de Napoleón atenuó en ésta, como en otras materias, los excesos de la época revolucionaria. Sin embargo, desaparecieron definitivamente las vinculaciones, y se reguló una cuota de reserva hereditaria para los legitimarios, de la cual no podía disponer ni siquiera por testamento el causante, y que había de repartirse con absoluta igualdad entre los herederos determinados por la ley. Igualmente, se estableció que se habían de colacionar las donaciones hechas por el

Todavía la Base 24 de la Ley de 11 de abril de 1888 establecía que «Las donaciones de padres a hijos se colacionarán en los cálculos de las legítimas ...».

(35) TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, § 14, pp. 14 a 16; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traduc. esp., t. VII, 2.^a ed., Madrid, 1949, pp. 493 y 494. Puede verse, mucho más ampliamente, BONNAL, *La liberté de tester et la divisibilité de la propriété*, París, 1866.

(36) TERRÉ-LEQUETTE, *cit.*, p. 16.

causante a sus hijos, a menos que éste dispusiera expresamente en contra. Hasta tal punto llegó el afán igualitario que el art. 843 del *Code civil* estableció la obligación de «colacionar» los legados hechos a los herederos.

También en España, a partir del siglo XVIII, la organización económica del Antiguo Régimen entró en crisis y, con ella, la institución del mayorazgo. Durante este siglo se publicaron diversos trabajos que propugnaban una modificación de su régimen, pues se consideraba la vinculación y consiguiente falta de circulación de los bienes como causa del deficiente desarrollo de nuestra agricultura; el hecho de que los fundos no se pudieran transmitir, la prohibición de darlos en enfiteusis, y la circunstancia de que las mejoras realizadas en los mismos quedarán incorporadas al mayorazgo provocaba que los titulares de los bienes no se preocuparan por incrementar los frutos de la explotación agrícola. De estos trabajos, el que tuvo más difusión fue el famoso *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria*, realizado por Jovellanos, y publicado en 1793. En él se señala que las Leyes de Toro «Autorizando los vínculos por vía de mejora en perjuicio de los herederos forzosos, convidaron a los célibes a amortizar toda su fortuna. Admitiendo la prueba inmemorial contra la presunción más fuerte del derecho, que supone libre, comunicable y transmisible toda propiedad, convirtieron en vinculada la propiedad libre y permanente de las familias. Y por último, extendiendo el derecho de representación de los descendientes a los transversales, y de la cuarta generación al infinito, abrieron esta sima insondable, donde la propiedad territorial va cayendo, y sepultándose de día en día». Sus consecuencias son «no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política» (37).

La crisis del mayorazgo culmina en el trienio liberal de 1820-1823, y en virtud de una Ley de 11 de octubre de 1820 «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres» (art. 1) (38).

(37) La edición que hemos utilizado es la de 1820, Madrid. Las citas son de la p. 106, nota 1; y p. 104.

(38) Complementariamente, el art. 14 dispuso que «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenación».

Esta Ley fue derogada por la reacción absolutista mediante una Real Cédula de 11 de marzo de 1824. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de agosto de 1836 restablece la Ley desvinculadora de 1820; la cuestión se cierra definitivamente con una Ley de 19 de agosto de 1841.

Cuando se restauró el sistema parlamentario en 1833, la burguesía liberal hizo de la desvinculación y del reparto de la propiedad mediante la herencia cuestión fundamental, pues se consideraba que ello era necesario para descomponer la nobleza y acabar con el sistema político y social anteriormente establecido. En este sentido, afirmaba un político y jurista tan influyente, y a la vez tan ecléctico, como Joaquín Francisco Pacheco: «Acabad con los mayorazgos, dividid los bienes, y á la primera jeneracion la mitad de nuestros grandes son como unos meros propietarios de provincia; á la tercera, serán muy pocos los que puedan hacerse llevar en un mal coche» (39).

Estas concepciones políticas habían de manifestarse necesariamente en la elaboración del Código civil que desde 1812 se ansiaba redactar. Se ha dicho acertadamente que el retraso en la promulgación de nuestro Código civil respecto de otros países no se encuentra solamente en la llamada «cuestión foral», sino también en la necesidad de que concluyera definitivamente la desamortización de los bienes de las *manos muertas*, la abolición de los señoríos y la desvinculación de los mayorazgos; en definitiva, que se sentaran las bases de la nueva propiedad burguesa de la tierra (40).

(39) Y añadía: «si la aristocracia es imposible, si la Constitución no la reconoce, si sería vano é inútil quererla reformar en este sentido, si pasó su época, y murió por ahora para no volver, ¿cuál puede ser la causa, cuál la utilidad política de los mayorazgos? ... En un siglo de igualdad ¿sobre qué ha fundarse una desigualdad que nada exige, que nada recomienda? La opinión pública no consentirá esa desviación de lo que exigen las necesidades sociales». «Aquel delirio de igualdad que invadió la sociedad francesa en los últimos años del pasado siglo, delirio era, y como tal había de disiparse brevemente. Esa igualdad absoluta, como se entendía entonces, es un imposible, y los imposibles no viven, no duran. Pero bajo ese delirio o esa exageración está la idea de igualdad racional, del derecho común, de la conclusión de la antigua aristocracia; y esta idea es posible y realizable, y se está realizando, y se realizará todavía mucho más. Habrá sin duda desigualdades sociales en lo sucesivo; pero no habrá aristocracia, cosas que son muy distintas». *Vid.* «Cuestión política de los mayorazgos», *Boletín de jurisprudencia y Legislación*, 1840; recogido en *Estudios de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1843, pp. 131 y ss., y en *Comentario a las leyes de desvinculación*, 4.^a ed., Madrid, 1849, Apéndice A, pp. 184 y ss.

(40) MALUQUER DE MOTES, Carlos J., «La Codificación civil en España (Síntesis de un proceso)», *RDP*, LXV, 1981, pp. 1083 y ss. *Vid.* también BARÓ PAZOS, *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, pp. 19 a 23, y 141 y ss.

Hay que tener en cuenta que, según indica GARCÍA SANZ, *Historia agraria de la España contemporánea. I. Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)*. Barcelona, 1985. p. 21, «La superficie de tierra inmovilizada por la amortización se puede estimar en un cálculo prudencial en, al menos, la mitad de todo el territorio español».

A las causas de tipo económico-jurídico señaladas en el texto, habría que añadir, como razones del atraso codificador, el enfrentamiento del poder civil con el eclesiástico y la gran inestabilidad política y social que se vivió hasta la Restauración.

En este contexto, por tanto, el Derecho hereditario se convirtió en mecanismo fundamental para el logro de la división y desvinculación de la propiedad de la tierra. Centrándonos en el Proyecto de 1851, éste fijó la legítima en una amplia porción del caudal, 4/5, si había más de un hijo (art. 642). García Goyena, al justificar el sistema de legítimas frente al de libertad de testar, no sólo invoca los deberes de la paternidad, sino que señala: «Además hay una razón política y de circunstancias especiales, para temer los abusos de la absoluta libertad, así en Castilla como en las provincias de Fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente, y la vanidad frustrada por este lado, buscaría medios de satisfacción en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre y las exigencias del orden o derecho público» (41). Aquí está la clave del sistema. Se muestra así la lucha soterrada que enfrentaba el sistema de legítimas con el de libertad de testar; no era sólo el mantenimiento de un Derecho tradicional frente a otros —el castellano o los forales—, sino también el deseo de acabar con la excesiva acumulación de la propiedad como consecuencia de la sucesión hereditaria, mecanismo jurídico que hasta entonces había permitido la perpetuación de la nobleza.

Además, la necesidad de desvinculación era sentida especialmente en las zonas de Derecho castellano, frente a una mayor división de la propiedad y una mayor productividad agraria en general de las regiones forales (42); el deseo de dividir el latifundio castellano y andaluz

(41) Apéndice número 7, llamado «Legítima ó reserva á favor de los descendientes legítimos», al final del t. II de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, p. 332.

Muestra de este estado del pensamiento liberal y burgués de la época es que en el Congreso de Jurisconsultos de 1863, se manifestó que «El sistema de legítimas se ha dicho que mata y desnaturaliza la familia; pero lo que se pretende conseguir con su abolición es el restablecimiento del vínculo, del mayorazgo que aísla al individuo y desmoraliza las costumbres» (Sr. Aragón); que si se suprimían las legítimas, «volverán los mayorazgos» (Sr. Martos). Vid. PARRAY LUJÁN, «Congreso de Jurisconsultos», *RGLJ*, t. XXIII, 1863, pp. 283 a 289.

Estos temores de la burguesía liberal no eran del todo infundados, pues todavía el art. 18 de la ley Constitucional de Reforma de 17 de julio de 1857 disponía que «a fin de perpetuar la dignidad de Senador en sus familias, los grandes de España podrán constituir vinculaciones sobre sus bienes en la forma y en la cantidad que se determinará por una ley especial». Dicha ley no se promulgó, y la reforma constitucional de 1857 fue derogada por una ley de 1864, que restableció el texto de la Constitución de 1845. Vid. sobre esta cuestión, CLAVERO, *cit.*, p. 392; y LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4. vol. I, s.f., p. 319. Aun D. Benito GUTIÉRREZ, en 1885 (*El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. 1, ed. preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda, 1989, p. 328), no se mostraba muy seguro de que no se reprodujera la cuestión de los mayorazgos: «leyes que a lo menos por el momento, si no de una manera definitiva, han puesto fin a este litigio». Igualmente, el senador Fuente Alcázar (p. 356).

(42) Indica GARCÍA-BADELL, *Introducción a la historia de la agricultura española*, Madrid, 1963, p. 116, a propósito de la situación de la época que «Se señalan por los autores tres tipos de regímenes agrarios: En el Norte predomina la pequeña propiedad. En el Centro el sistema de arrendamientos y en el Sur la gran propiedad. En Cataluña y Levante, la pequeña y mediana propiedad».

se enfrentaba a la necesidad de conservar en otras regiones la pequeña propiedad agraria, cuya división por el sistema legitimario habría provocado la ruina y desaparición de la misma (43).

La doctrina más reciente ha puesto de manifiesto cómo el rechazo catalán al Proyecto de 1851 se debió en un primer momento, más que a consideraciones de tipo nacionalista, al perjuicio que causaba a los intereses de los propietarios agrícolas la regulación de la enfiteusis, la *rabassa morta* y las legítimas (44). El art. 642 del Proyecto —regulador de las legítimas— suscitó una fuerte oposición entre los propietarios rurales catalanes, que elaboraron diversas *Exposiciones* elevadas a la Comisión de Códigos poniendo de manifiesto cómo una legítima amplia provocaría la ruina económica del campo debido a la división forzosa de las tierras, no siendo ya posible en Cataluña aumentar la extensión de la superficie cultivada (45).

Desde luego fue Cataluña la región foral que más firmemente se opuso al Proyecto de 1851. Pero no faltó también oposición en las restantes, y en todas las obras de Derecho foral de la época afloran los

De todas formas, en las líneas que siguen en el texto no tratamos ni mucho menos de establecer conclusiones definitivas, sino una idea meramente aproximativa; la historiografía económica no dispone todavía de datos concluyentes sobre el estado de división de la propiedad agraria en la primera mitad del s. XIX. *Vid.* sobre este problema GARCÍA SANZ, *Historia agraria de la España contemporánea, I. Cambio social y nuevas formas de propiedad (1800-1850)*, Barcelona, 1985, p. 8; TORTELLA CASARES, «La economía española, 1830-1900», en *Historia de España*, dirigida por Tuñón de Lara, t. VIII, Barcelona, 1981, p. 35.

(43) A este respecto, señala PESET REIG, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982, p. 146, que «Cuando se propone el proyecto de 1851 surge la oposición foral que, si tiene elementos y argumentos de tipo nacionalista, no cabe duda de que, en buena proporción, plantea cuestiones sobre la propiedad. La cuestión foral, que con frecuencia ha sido analizada por los juristas actuales como un enfrentamiento entre unidad o diversidad en el ordenamiento civil últimamente ha dejado paso a consideraciones más profundas —Scholz, Salvador Coderch— que examinan el fondo de aquellas cuestiones ... No, no existe un acuerdo sobre las soluciones, porque éstas, si se establecen de forma genérica, pueden producir distintos efectos en las diversas regiones, con una estructura de propiedad diferenciada por el cuño de los tiempos pretéritos ... Un Código unitario representaba consecuencias distintas para la propiedad en Valencia o en Castilla, en Galicia o en Cataluña .../ No creo exagerar al atribuir buena parte de la oposición foral a cuestiones de propiedad, que se encontraban solucionadas desde diferentes ángulos en las legislaciones forales: por ejemplo, la herencia castellana, frente a algunas forales que permitían mantener unido el patrimonio familiar o la solución de viejas cuestiones enfiteúticas, especialmente en Galicia o en Cataluña».

(44) Resumimos aquí el completísimo trabajo de SALVADOR CODERCH, «El Proyecto de Código de Derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán», *RJC*, LXXIX, 1980, pp. 49 a 98 y 313 a 372.

(45) De todas formas, el rechazo no parece que fuera solamente por las causas señaladas. También respondía a que la división legitimaria atentaba contra todo un sistema familiar y social centrado en torno a la masía. Puede verse sobre esto un interesante estudio de antropología social: BARRERA GONZÁLEZ, *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Madrid, 1990.

problemas agrarios y familiares que subyacían al reconocimiento en ellas de una libertad de testar más o menos amplia. En Aragón se organizó en 1880 un Congreso de Jurisconsultos para tratar el tema de la codificación, y en él se pusieron de manifiesto las perturbaciones que el sistema legitimario del Proyecto de Código civil causaría en la propiedad agraria. Advertía Franco en su *Memoria* a la Comisión de Códigos que «Hallándose ya dividida la propiedad en una grandísima parte del alto Aragón hasta el último extremo á que racional y prudentemente puede llegarse, y no bastando apenas, tanto por esta causa como por la pobreza del país, lo que cada familia posee para poder vivir con extrema economía y aun estrechez, desde el momento en que estos pequeños patrimonios se dividan en dos ó más porciones, como que ninguna de ellas bastaría para sostenerse cada uno de los partíciparios, todos tendrían que descender á la clase de simples jornaleros, y se verían por último precisados á alejarse de su pueblo por no encontrar en él los medios indispensables para mantenerse» (46).

En cuanto al caso navarro, el propio García Goyena señala que «convendría tener á la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que allí se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se preveen (*sic*) todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de estos: ningún casado muere allí intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y á falta de ambos, dos parientes los mas cercanos de parte de padre y madre. Asi se estrechan los vínculos entre dos familias, se fortifica el espíritu entre los individuos de cada una, se transmiten las casas con sus mismos bienes á pesar de su pequeñez» (47);

(46) FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza, 1886, pp. 141 y 142. Al mismo problema se refería también este autor en una *Comunicación al Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza con motivo de haber sido nombrado Miembro correspondiente de la Comisión general de codificación en virtud del Real Decreto de 16 de febrero de 1880*, Zaragoza, 1880. Igualmente, puede verse Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pp. 525 a 528; y los diversos artículos que publicó en la *RGLJ*, sobre «El Derecho consuetudinario del Alto Aragón», en especial, t. 54, pp. 520 y ss. y t. 55, pp. 65 y ss. (año 1879).

(47) Apéndice citado, pp. 328 y 329. *Vid.*, igualmente, ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, pp. 48 y 49.

Confirma estos datos de un modo concluyente en un estudio referente a la situación a principios de este siglo. Pilar ERDOZAIN AZPILKUETA, *Relaciones entre el sistema sucesorio, la estructura del hogar y la propiedad de la tierra en la Navarra media occidental*, 1994, en prensa. *Vid.* también YABEN Y YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916; ARVIZU Y AGUADO, *Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1964, pp. 226 y ss.

más adelante expone que «Los padres donadores se lisongean de perpetuar por este medio sus casas y apellidos» (48). Este estado de cosas que tal vez era beneficioso para la pequeña explotación agrícola navarra era lo que precisamente se consideraba muy perjudicial para Castilla.

Por último, los mismos problemas agrícolas y familiares trataba de resolver el Derecho foral vasco. Señalaba Angulo que la libertad de testar procedía de «la forma que reviste la propiedad agrícola y del modo de su cultivo ... siendo la clase de fincas denominadas *caserías* el tipo, se puede decir único ó cuasi único, de dicha propiedad». «La casería es indivisible ...; este tipo de finca rústica no podía exponerse á los riesgos de fraccionamiento y de verdadera pulverización á que una indiscreta reglamentación de la sucesión testada podía conducirla» (49). Añadiéndose que «Todas las comarcas vascas en que los labradores practican la sucesión individual son de aquellas altas, montañosas, de suelo naturalmente infecundo, en las que los predios que forman una explotación agrícola son tan indivisibles como un cordero ó un caballo» (50).

Aparte de imponer una legítima amplia e igualitaria, el Proyecto de 1851 rechazó cualquier institución hereditaria que pudiera recordar, siquiera de lejos, el régimen de las vinculaciones y mayorazgos. Por ello, se prohibieron los pactos sobre la sucesión futura (art. 994 del Proyecto), y no sólo por considerarlos inmorales (51), sino que «Hay

Muestra de la importancia que tenían las donaciones *propter nuptias* en el Derecho navarro es que, al promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, la Diputación Foral elevó en 1863 una exposición «para que se remuevan los obstáculos que detienen el planteamiento de la ley hipotecaria en esta provincia, y que han puesto a sus habitantes en la situación más angustiosa que se puede imaginar ... se halla por completo paralizada la contratación, excepto la puramente mercantil, y hasta suspendida la efectucción de matrimonios, que sólo es dado contraer a las personas sin fortuna, o que si la tienen, no es de la que en su movimiento está sujeta al Registro»; véase DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, I, Madrid, 1990, pp. 517 y ss. (la cita es de la p. 529).

(48) *Idem*, p. 333.

(49) ANGULO, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pp. 27 y 120.

(50) URIARTE LEBARIO, *El fuero de Ayala*, Madrid, 1912, p. 160.

Puede verse también, defendiendo la libertad de testar para toda Vizcaya, ALLENDE SALAZAR, «El dualismo en la legislación civil de Vizcaya», *RGLJ*, t. 54, 1879, pp. 52 y ss.

(51) Dice algo pomposamente GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, art. 994, p. 28, que «la codicia, que especula sobre los días del hombre, está frecuentemente muy cercana al crimen, que puede abreviarlos./ Esta especie de pactos presenta el espectáculo aflitivo de un padre desnaturalizado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presciencia criminal, y para entreabrir, por decirlo así, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor». Aunque el comentarista lo silencia, estas palabras son reproducción literal de las empleadas por PORTALIS para explicar el art. 1600 del Código francés, que prohíbe la venta de una herencia futura (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, reimpr. de la ed. de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 119 y 120).

otra razón más, tratándose de legítima; pues, como de derecho público, no puede alterarse por pactos privados, y de otro modo sería fácil hacerla ilusoria» (52). En el mismo sentido, señaló el art. 646 que «Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula»; añadiendo el comentarista que «aunque podría entenderse comprendido en el 994, no huelga aquí, porque las renunciaciones ó transacciones rara vez tienen lugar sino entre herederos forzosos, y particularmente en las capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros» (53).

Considera también el comentarista el peligro de los pactos renunciativos «sobre todo respecto de las hembras; por esto en la ley 3, título 20, libro 6 del Código, se declara nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hizo de la herencia futura paterna, y se dispone que suceda *ab intestato*, colacionando la dote: sin embargo, el Derecho canónico, *cap. Quambis 2, de pactis, in 6*, las aprueba, sobre todo, estando confirmadas con juramento» (54).

El Proyecto, además, intenta dar la máxima amplitud a la susodicha prohibición, y por ello decía García Goyena que «La ley de Partida limita la prohibición al pacto sobre la sucesión de persona ó personas determinadas; y este parece ser el espíritu de la Romana: nuestro artículo rechaza todo pacto, aun general, por no abrir la puerta á fraudes y colusiones» (55).

Por las mismas razones desvinculadoras, el art. 635, siguiendo al *Code français*, declaró nulas las sustituciones fideicomisarias, «cualquiera que sea la forma con que se las revista»; y se señala que «Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la Ley de 21 de setiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de agosto de 1836: por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aquí los motivos de esta abolición y prohibición: *¿cui non dictus Hylas?*» (56).

(52) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, Madrid, 1852, p. 28. Esta cuestión tiene especial relevancia. La doctrina suele señalar que la prohibición de los pactos sucesorios en el Código se debe exclusivamente a su romanismo, y a la consideración de la inmoralidad de los mismos; pero no se ha detenido en considerar su prohibición como consecuencia del sistema legitimario y del deseo de postergar cualquier institución que despendiera un mínimo «tufillo» vinculador.

(53) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. II, p. 96. Se manifiesta también la reluctancia por los pactos sucesorios en los siguientes artículos o sus correspondientes comentarios: 717, 823, 942, 953. Se admitieron, no obstante, ciertas excepciones: arts. 658, 663, 1253.

Relación con esto guarda el personalismo del testamento (arts. 558 y 661), con la consiguiente prohibición del de hermandad (art. 557); la interdicción de la herencia de confianza (art. 559); etc.

(54) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. III, p. 28.

(55) *Ibidem.*

(56) GARCÍA GOYENA, *cit.*, t. II, p. 84.

No obstante todo lo anterior, es necesario señalar que el Proyecto admitió, conforme al Derecho tradicional castellano, la facultad de mejorar entre los legitimarios. Pero a pesar de admitir esta posibilidad de desigualación entre los hijos, su consideración y apreciación por el Proyecto cambió radicalmente respecto al Derecho anterior. El art. 657 estableció que «Ninguna donación, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donante no ha declarado expresamente su voluntad de mejorar». Y añadía García Goyena que «Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro (que reputaban toda donación como mejora), y simplifica grandemente la materia de las mejoras. La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquélla: en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la injusticia y naturalidad de estas consideraciones solo puede prevalecer la voluntad expresa del donador» (57).

Finalmente, en cuanto a la colación, dos reglas aparecen como revolucionarias con respecto al Derecho anterior: en primer lugar, se eliminó la colación *in natura* y se sustituyó por la colación del valor (art. 887).

En segundo, y esto es lo que más nos interesa ahora, desapareció la antigua distinción entre donaciones simples y *ob causam* a efectos de la colación. Ahora todas las donaciones deben ser colacionadas, excepto aquéllas que se hacen como consecuencia de deberes que se consideran inherentes a la paternidad. Opinaba García Goyena: «no comprendo yo cómo pueda justificarse el favor que por las

(57) *Obra cit.*, t. II, p. 105. Asimismo, el art. 660 disponía que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos»; a lo que observaba GARCÍA GOYENA que, si no consta claramente la voluntad del mejorante, «debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos y quiso mas bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer en favor de extraños».

En la misma línea, señalaba CÁRDENAS, «De los vicios y defectos mas notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil», *El Derecho moderno*, t. XI, 1851, p. 259: «así como opinamos que se amplíe la libertad del padre en cuanto á mejorar sus hijas, creemos de la mayor importancia restringirla en cuanto á las mejoras tácitas hechas fuera de testamento. La disposición de la ley para que se reputen mejoras de tercio y quinto las donaciones simples que haga el padre á cualquiera de sus descendientes sin expresar que quiere mejorarlo, tiene graves inconvenientes (Ley 26 de Toro). La mejora es una excepción de la regla general que fija la legítima de los hijos, en cuyo concepto no debe nunca presumirse sino probarse. Antes de suponer que un padre ha querido desigualar la fortuna de sus hijos, perjudicando á la mayor parte de ellos en beneficio de uno solo, es preciso tener un testimonio auténtico de su voluntad ... Por eso los autores del proyecto, revocando en parte la Ley 26 de Toro, no quieren que haya mejora por contrato entre vivos, sino cuando el padre haya manifestado terminantemente su voluntad de mejorar».

Leyes 26 y 29 de Toro, se da á las donaciones simples sobre las hechas por causa onerosa, cuando estas, como que su objeto es el matrimonio, debian ser las favorecidas» (58).

Así pues, la colación se configura como instituto que contribuye a mantener la igualdad entre los legitimarios, sirviendo por tanto también a la finalidad divisoria de la herencia entre los hijos (59). En esta línea, establecía el art. 882 que «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa». A esta disposición se añade que «el artículo guarda en esta parte consecuencia con el citado 657» (60); y a propósito de este último artículo que, como sabemos, rechazaba la mejora tácita, ya se había señalado que «Es tambien conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen á colacion, si no hay dispensa expresa».

Además, en contra del Derecho histórico y de la mayoría de las legislaciones de la época, se establece la colación de los ascendientes cuando éstos son legitimarios efectivos: «en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe tambien reconocer colacion» (61).

E) ELABORACION DEL CODIGO DE 1889

Al elaborarse la Ley de Bases del Código Civil se volvieron a plantear las mismas discusiones y preocupaciones que se habían dado en el Proyecto de 1851 acerca de la desvinculación y la división de la tierra. Sin embargo, necesario es reconocer que en los casi 40 años que median entre una y otra obra, el doctrinarismo liberal había cedido algo, y que, además, entre los mismos juristas castellanos aumentaron los partidarios de una mayor libertad de testar, bien porque lo consideraban en sí mismo más conveniente, bien porque era un medio de acercarse a lo establecido en las legislaciones forales (62). Como

(58) Apéndice 8 al t. II, p. 341.

(59) Para GARCÍA GOYENA, *cit.*, p. 253, «la colacion no tiene otro objeto que establecer la igualdad entre los mismos coherederos»; considera, pues, «la igualdad entre los hijos, *causa y fin de la colacion*» (la cursiva es del propio autor). No obstante, también apela al fundamento de la voluntad presunta del causante (p. 249).

(60) *Cit.*, p. 253. Estas mismas consideraciones se repiten literalmente en el Apéndice 8, «Mejoras», del t. II de los mismos *Comentarios*, p. 341.

(61) GARCÍA GOYENA, *cit.*, p. 250.

(62) En este sentido, ya la base 12.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1881 señalaba que «Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituya legítima de los hijos, fijando la cuantía de una y otra de modo que satisfaga los justos derechos de éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia y premiar y castigar según los méritos de sus herederos». Al discutirse dicha base en la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, se aceptó «ya por la conveniencia de su precepto considerado en absoluto, ya como un medio muy conveniente de aproximar la legislación castellana a la de las provincias aforadas, y de atender el deseo de muchos que de algún tiempo a esta parte defienden la conveniencia de la libertad de testar»; *vid.* LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4, vol. I, s.f., pp. 388 y 390.

consecuencia de ello, se redujo la legítima de los descendientes a dos tercios del haber computable, y la cuota de mejora pasó del doble de la cuota legitimaria estricta a un tercio del caudal (63).

No obstante, no se puede decir por ello que el deseo desvinculador hubiera desaparecido entre los autores del Código. Otras muchas instituciones de tendencia igualitaria —entre ellas, la colación— o desvinculadora —prohibición de la sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado— se mantuvieron en lo esencial. En ésta, como en otras materias, parece que los redactores adoptaron un criterio transaccional, no siempre del todo coherente.

Por ello, el sistema legitimario siguió considerándose por muchos como un medio de evitar la vinculación y favorecer la división de la tierra y la riqueza. Así, en la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Bases de 1885, ante una propuesta de ampliar la libertad de testar, contestó, en nombre de la Comisión de Códigos, D. Benito Gutiérrez, señalando las ventajas agrícolas que la división de la propiedad había producido en Galicia y el País Vasco, y los inconvenientes que la acumulación había producido en la agricultura de Andalucía; y añadía: «son incomparablemente mayores las ventajas que resultan de una prudente, y si se quiere, de una extremada divisibilidad. ¿Por qué? Porque así no son de temer ciertas prepotencias, ciertas influencias, ni de particulares ni de clases; porque así se quita el pretexto á determinadas quejas, ... las quejas de los que se llaman *desheredados*. En este país, establecido el sistema de legítimas, nadie lo es, porque viene la muerte que es el gran nivelador. A mí no me asustan los Cresos de la época, que los hay; me tiene tranquilo su riqueza, porque cuento los días al cabo de los cuales la muerte se ha de encargar de disolverla». A continuación se sigue refiriendo a los peligros de la perpetuación de los fideicomisos y mayorazgos, declarando finalmente: «si se pide la libre testamentifacción en interés del derecho hereditario, por amor á las aristocracias, para restablecer la vinculación, digo que esa petición no tiene base» (64). Este doctrinarismo económico y político se manifiesta igualmente en las palabras del Ministro de Gracia y Justicia Silvela, según el que la libertad de testar tiene «una contradicción esencialísima con la democracia española, inspirada en su

(63) La distinción de los tres tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición se decidió a propuesta de Comas; *vid.* ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid, 1884. t. 1, p. 181. La aceptación de esta tripartición entre los juristas castellanos fue bastante amplia en el Congreso jurídico de 1886 (*vid.* el resumen del mismo que se recogió en la *RGLJ*, t. 69, 1886, pp. 434 y ss. y 565 y ss., especialmente a partir de la p. 597).

(64) *El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. I, ed. preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda, 1989, pp. 325, 326 y 327. Por otra parte, conviene recordar que GUTIÉRREZ fue el ponente de la Comisión de Codificación encargado del capítulo destinado a legítimas y mejoras; *vid.* LASSO GAITE, *Crónica ... cit.*, vol. I, pp. 551 y 552.

mayor parte, en su parte más activa y móvil, en los principios de la revolución francesa, y para la cual (la democracia española), por consiguiente, la legítima es uno de los elementos de democratización, por decirlo así, y á los que no renunciará voluntariamente jamás» (65).

Además de lo hasta aquí señalado, es de destacar que el Código, mediante leves matizaciones, limitó aún más que el Proyecto la posibilidad de los pactos sucesorios. Especialmente relevante, a los efectos que ahora nos importan, es la restricción que de estos contratos se hizo a propósito de la mejora. El Proyecto establecía que la promesa de no mejorar en escritura pública, aun cuando no fuese por causa onerosa, era irrevocable (art. 658), señalando el comentarista que semejante acuerdo «tiene mucho de pacto sucesorio prohibido por regla general en nuestro artículo 994» (66). Por otra parte, no quedaba claro si la calificación de mejora a una donación era revocable o no (art. 657). Sin embargo, el Código de 1889 dispone ahora que la promesa de no mejorar sólo es irrevocable cuando se haya hecho en capitulaciones

(65) P. 382. Igualmente, cabe citar, por su relevancia en el proceso codificador, a ALONSO MARTÍNEZ, *obra cit.*, p. 157, quien, al criticar el régimen sucesorio catalán, señalaba: «¿dejará de estar inspirada la ley de las Cortes de Mozon en un espíritu contrario á las ideas de la democracia moderna? Se sacrifica por ella la legítima de los hijos y la igualdad de derechos de los hermanos á un principio excesivamente conservador y aristocrático; el de la *conservacion y perpetuidad de las casas principales* del país, que era el móvil á que obedecía y el fin que realizaba el mayorazgo, muerto á mano airada, así en Francia como en España, en nombre de una revolución igualitaria y democrática». P. 175: con el sistema legitimario «no hay peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italiam* ... Y, por último, paréceme palmario que con la división del patrimonio entre los hijos, no puede ménos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, por que solo multiplicando los poseedores de inmuebles é interesando á una masa considerable de ciudadanos en la defensa del derecho de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso á detener el torrente devastador de las ideas socialistas». Palabras similares emplea para criticar el sistema navarro (p. 107) y aragonés (p. 127).

Asimismo, en el debate en la Comisión del Senado del Proyecto de Ley de Bases de 1885, el senador Colmeiro consideró que la libertad de testar «es una institución de carácter feudal, ni más ni ménos; y realmente, las personas que no pueden ver hoy, ni verían con gusto la resurrección del sistema feudal, tampoco deben ver con gusto la resurrección de un sistema que está tan profundamente marcado con el sello del feudalismo» (*El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, t. I, Madrid, 1989, p. 63). Y aún más, afirmó el senador Ulloa y Rey que «La institución catalana del hereu, ¿viene á ser en resumen, en síntesis, más que un mayorazgo electivo?» «cuando el hereu y los hermanos van á ver una finca ó posesiones, el hereu va á caballo y los hermanos á pie y de criados» (p. 76). También manifestaron su temor de que la ampliación de la parte de libre disposición del quinto al tercio pudiera favorecer la resurrección de las vinculaciones, los senadores Fuente Alcázar (p. 356), y Polo de Bernabé (solicitando incluso este último la reducción de la facultad de mejorar; pp. 384 y ss.).

(66) *Cit.*, t. II, p. 106.

matrimoniales (art. 826, «muy modificado» respecto al Proyecto, según los redactores del Anteproyecto) (67); y la calificación de mejora a una donación es siempre revocable, salvo en el caso de capitulaciones o contrato oneroso otorgado con un tercero (art. 827, respecto del cual los redactores del Anteproyecto no señalan que provenga del Proyecto) (68).

También limitó el Código la posibilidad de vincular *inter vivos* la mejora junto con el tercio de libre disposición. Por ello, desaparecieron todas las referencias que el Proyecto de 1851 hacía conjuntamente a la cuota de mejora y a la parte libre (arts. 656, 657.2 y 660) (69).

Igualmente, en esta línea, se suprimió el art. 659 del Proyecto del 51, según el que «Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado»; siendo sustituido por el actual 828, que señala que «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre» (70). Aparece así, una vez más, la intención del legislador de preservar en lo posible la igualdad entre los legitimarios.

Por último, en cuanto a la colación hereditaria, el Código de 1889 mantuvo esencialmente las disposiciones del Proyecto de 1851: se estableció la colacionabilidad general de todas las donaciones, fueran simples u *ob causam*; se suprimió la colación *in natura*; se mantuvo el modo de valoración recogido por García Goyena de la obra de Ayerve de Ayora (71); etc. No obstante, algunas pequeñas diferencias hay: añade el Código, respecto del Proyecto, que los nietos que sucedan al abuelo en representación del padre «También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia en vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario» (art. 1038, pfo. 2; en realidad, no parece una reforma de concepto, pues esto ya estaba implícito anteriormente).

(67) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 4, vol. I, Madrid, 1965, p. 250.

(68) *Vid. op. et. loc. ult. cit.*

(69) Esta afirmación, que puede aparecer aventurada, trataremos de demostrarla en el capítulo II, al estudiar la imputación, y en el capítulo III, al tratar de la dispensa irrevocable en capitulaciones matrimoniales.

(70) Esta modificación parece que se introdujo incluso con posterioridad a la aprobación de la Ley de Bases de 11 de abril de 1888 (*vid. LASSO GAITE, cit.*, vol. I, p. 564). Todavía el art. 813 del Anteproyecto del libro III señalaba que «Lo dejado por el testador a uno de los hijos o descendientes, se reputará mejora, aunque no le dé este nombre».

(71) *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, l. III, ns. 10 y ss., fols. 13 y ss.

Además, ahora se sujetan a colación los gastos hechos para redimir al hijo de la suerte del soldado (art. 1043, en contra del comentario de García Goyena al art. 885), mientras que se eximen los gastos para dar una carrera profesional o artística (art. 1042, opuesto al 886 del Proyecto).

F) EL FUNDAMENTO DE LA COLACION EN EL CODIGO CIVIL

Tras este *excursus* histórico, volvemos por donde empezamos: ¿Cuál es el fundamento de la colación? Con las líneas anteriores hemos tratado de demostrar que en nuestro Derecho la colación no se debe sólo a una interpretación del legislador de la voluntad supuesta o típica del causante, sino que está en conexión con el sistema sucesorio en el que se encuentra. En nuestro caso, tendiendo las legítimas al reparto igualitario de la herencia entre los descendientes y ascendientes, la colación es una institución al servicio de esta finalidad (72).

Por ello, en un sistema donde no exista legítima, o donde no se pretenda la distribución igualitaria de la misma, la colación no puede desempeñar el mismo papel. Precisamente, el hecho de que en las distintas legislaciones civiles españolas se opte por «presunciones» distintas sobre el hecho de la colación, más bien pone en duda que el fundamento sea siempre la presunta voluntad del causante, y reafirma la opinión de que la colación es un instituto relacionado con el sistema de igualdad legitimaria.

En el Derecho navarro, el testador puede disponer de sus bienes con absoluta libertad, salvo el derecho de legítima formal (leyes 149, 267 y 268). Por tanto, al no existir ni siquiera el deber de transmitir alguna parte de los bienes a los legitimarios, «La obligación de colacionar no se presume» (ley 332) (73).

Por su parte, el art. 119 de la Compilación de Aragón señala que «Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno sólo, con las formalidades establecidas en este

(72) Da en el clavo de este problema ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pp. 117 y 118. Cfr. SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1035, p. 2435.

(73) En el mismo sentido de que al no haber legítima no tiene sentido la colación, SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. VI, vol. 2, Pamplona, 1977, pp. 557 y ss., con abundancia de citas; también puede verse, para el régimen anterior al Fuero Nuevo, ARVIZU Y AGUADO, *El Derecho civil de Navarra y la colación de bienes*, Pamplona, 1929, especialmente pp. 113 y ss.

capítulo». Consecuentemente con el desinterés del legislador aragonés por la igualdad entre los legitimarios, el art. 140 dispone que «La colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley, mas puede ordenarse en testamento u otro documento público. Quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad» (74).

En el Derecho de Vizcaya la legítima de los descendientes la constituyen 4/5 de la totalidad de los bienes del testador (art. 55 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, de 1 julio de 1992). Sin embargo, «El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores ... o elegir uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al del grado más próximo./ Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos en su sucesión». Consecuencia de esta libre desigualación entre los hijos es que el art. 62.3 señale que «No serán colacionables las donaciones en favor de sucesores forzosos, salvo que el donante disponga lo contrario o no haga apartamiento expreso». Está claro que en un Derecho como éste no tendría sentido establecer la colación, y no porque se presuma que el donante la quiso o no, sino porque el sistema legal no muestra especial interés por evitar la desigualación.

Esta diferencia del Código civil con los Derechos civiles forales se comprende perfectamente si se tiene en cuenta que, como ya hemos indicado, en la formulación de estos Derechos influyó poderosamente la necesidad de conservar indivisa la hacienda agraria familiar. En esas condiciones era necesario dejar completa libertad de testar, o al menos de desigualar entre los hijos (75). Sin embargo, el Código civil parte de principios opuestos, y por ello se establece la colación como regla general.

Otros datos parecen apoyar esta relación de la colación con el sistema legitimario, y se oponen a su fundamento exclusivo en la voluntad presunta del causante: toda consideración de la colación debe partir del hecho que se produce solamente entre herederos forzosos ¿Por qué no ha de colacionar el heredero no forzoso que recibió en vida del testador alguna liberalidad? Si, por ejemplo, el testador nombra heredero a un extraño en la cuarta parte de sus bienes, y además le hizo algún regalo de cierto valor en vida ¿por qué no se imputa a su cuota hereditaria la donación recibida, repartiendo así el valor del regalo con los

(74) Así, MERINO HERNÁNDEZ, «Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés», en *Homenaje Lacruz*, vol. II, Barcelona, 1993, p. 1579. En cambio, CABALLERO LASIERRA, «Colación de bienes», *Anuario de Derecho Aragonés*, VI, 1951-52, p. 103, opina que la exclusión de la colación se debe a una simple presunción legislativa contraria a la del Código civil.

(75) Sobre este tema, es muy ilustrativo el artículo de VALLET DE GOYTISOLO, «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *ADC*, XIX, 1966, pp. 3 y ss.

restantes herederos? Esta cuestión muestra con claridad que la colación no obedece simplemente a una voluntad presunta del causante, pues sólo afecta a los legitimarios nombrados herederos (76). Parece claro que la voluntad de la ley no es una igualdad entre herederos, sino una igualdad entre legitimarios (excepto el cónyuge viudo (77)). Ya hemos señalado desde el principio que la colación no puede dejar de relacionarse con la organización de las relaciones económicas en el seno de la familia.

Aún más: el art. 1038.2 impone que «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre ... colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste». Esta disposición no se puede entender si se hace depender la colación de la voluntad presunta del causante, pues cuando el abuelo dona al nieto viviendo el padre, está claro que no piensa que su nieto ha de colacionar. No lo puede presuponer, y no se puede saber si lo querría; es la ley la que lo establece.

Hasta ahora hemos señalado que la colación es un mecanismo técnico que tiende a la igualdad entre los colegitimarios (78). Ahora bien,

(76) Hacen notar esta paradoja, asimismo, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *cit.*, p. 117; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, XLV, 1992, p. 394.

(77) Sin embargo, con un criterio muy discutible, la sentencia de 17 de marzo de 1989 afirma que el cónyuge viudo participa de los beneficios de la colación hecha por un heredero colegitimario. Comenta extensamente esta sentencia ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, XLV, 1992, pp. 377 y ss.; muy brevemente, MALUQUER DE MOTES, C., *CCJC*, 1989, pp. 445 a 447.

(78) En la jurisprudencia, se pronuncian en este sentido las sentencias de 16 de junio de 1902, 6 de enero de 1933 (respecto del Derecho foral catalán), 3 de junio de 1965, 19 de junio de 1978 y 19 de julio de 1982.

En la doctrina, defienden el fundamento de igualdad de la colación, pero sin más matizaciones, O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, V, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 96 y 97; MARÍN LÁZARO, «La colación hereditaria», *RGD*, t. I, 1944-45, pp. 3 y ss.; MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, Madrid, 1948, p. 66; NÚÑEZ LAGOS, Rafael, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración (Una conferencia de Marín Monroy)», *RGLJ*, t. 180, 1946, p. 724; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 4.^a ed., Valladolid, 1939, p. 543; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI, 3, 2.^a ed., Madrid, 1910; p. 1976 (pero este autor confunde colación con imputación, p. 2026). Además, muchos de los autores que consideran que la colación se basa en una presunción, opinan que precisamente esta presunción es de igualdad; *vid.* nota 91.

Esta era también la opinión general en los autores del Derecho común y en los comentaristas de las Leyes de Toro. Según GÓMEZ, *cit.*, Ley XXIX, 2. «Ratio vera et universalis inductiva collationis est propter aequalitatem inter fratres servanda, et invidiam et discordiam inter eos evitanda».

no se nos oculta que la idea de igualdad entre los legitimarios está, diríamos, «latente» (79), pero que no es del todo conforme con el resto del sistema. Es decir, parece que la intención del legislador es la de la igualdad, pero, en cuanto a la colación, el mecanismo técnico utilizado no se acomoda perfectamente a su finalidad. En el Código civil francés —de donde tomó el nuestro lo fundamental de sus normas— la colación sí realiza perfectamente la igualdad, pues en él los herederos no son nombrados nunca por el testador, sino directamente por la ley, y heredan siempre por partes iguales, salvo que lo hagan por derecho de representación (y otros casos especiales) (art. 745.2 *Code*). El testador no puede nunca desigualar a los herederos, en cuanto a su título hereditario, sino que toda desigualación ha de hacerla por medio de legados o donaciones *inter vivos* no colacionables. Por ello, la colación tiende siempre a producir una igualdad perfecta en cuanto al título hereditario; y en el caso de que se dispense de colación, ésta ha de hacerse a título de prelegado y fuera de parte (*par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport*, art. 843 *Code*).

Sin embargo, como en nuestro Derecho el causante puede instituir a los colegitimarios en partes desiguales, la igualdad que genera la colación no es absoluta, pues el reparto se realiza en proporción a la cuota en que cada uno ha sido instituido (80). Veamos un ejemplo: siendo el caudal relicto 45, el causante dispone en su testamento: «Instituyo herederos a mi hijo A en 4/9 partes de mi herencia; a mi hijo B en 3/9; y mi hijo C en 2/9». En ese caso, conforme al testamento, A recibiría 20, B 15 y C 10. Supongamos que C recibió anteriormente una donación de 9 sin dispensa de colación. En ese caso, la colación supone que el colacionante sólo recibirá 3 unidades del caudal relicto, B aumentará su cuota en 3 y A en 4. En esta hipótesis, desde un punto de vista cuantitativo, la colación no logra la igualdad, sino que aumenta la desigualdad: A recibirá 24, B 18 y C 12. Sin embargo, también se ve con facilidad que lo que hace la colación es mantener la proporción en las cuotas señaladas por el testador.

De lo anterior se deduce, pues, que la colación es una institución que no produce plenamente la igualdad. Ello se conseguiría si los legitimarios fueran necesariamente herederos (como sucedía antes del Código), si hubiesen de renunciar a la donación si rechazan la herencia (81),

(79) ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 13.

(80) Igualmente, DE BUEN, *Notas al Curso de elemental de Derecho civil de Collin y Capitant*, t. VIII, 2.^a ed., Madrid, 1951, p. 553; MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 117 y ss.

(81) Esto es lo que consideran más justo algunos autores franceses, apoyándose en que el mantenimiento de la donación cuando el legitimario renuncia la herencia es una traición al espíritu de la institución y una explotación sutil de la letra de la ley; al tratarse de un anticipo de la herencia, sólo el heredero puede retenerla. *Vid.* LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, § 13, pp. 10 y 11.

si la mejora fuese atribuida siempre a título particular (como sucedió en alguna época histórica), y si los extraños recibiesen siempre sus atribuciones por título singular (pues la entrada de un extraño como sucesor universal provoca la necesidad de dos repartos sucesivos del caudal, una vez con él, y otra sin él). De esta manera, todo lo que tales herederos forzosos recibiesen por título singular supondría manifestación de desigualación explícita por parte del causante, repartiéndose todos los instituidos aquellos en lo que no se ha manifestado dicha desigualación expresa.

Ahora bien, esto no quiere decir que la colación no consiga en absoluto la igualdad; lo que sucede es que mantiene una igualdad, no cuantitativa, sino proporcional, en cuanto que respeta la proporción entre las cuotas establecidas por el causante en el testamento. En este sentido, señala la sentencia de 17 de marzo de 1989 que «la colación tiene como finalidad la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones» (de los herederos forzosos) (82).

Por ello, desde este aspecto, hay que volver a reconocer que la colación propende a la igualdad. Si colacionar es traer a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos gratuitamente *inter vivos* del causante, ese repartir no puede dejar de ser la supresión de una diferencia que se había establecido entre el donatario y el resto de los herederos. Lo que sucede, sin embargo, es que el valor colacionado se distribuirá entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias. Pero entonces lo que puede desigualar no es la colación, sino la disposición de última voluntad del difunto, si establece cuotas desiguales entre los legitimarios herederos. Sin embargo, la colación, la distribución del valor de lo donado entre los herederos, no puede nunca *en sí misma* desigualar; será la disposición testamentaria la que produzca la desigualación (83).

En definitiva, el régimen típico que establece la ley es la igualdad entre los legitimarios, pero admite que se pueda establecer una desigualdad. Y aun partiendo de un supuesto de desigualdad entre los herederos forzosos, el criterio legal en cuanto a esta desigualdad es que la misma se acomode al testamento, rechazando en principio el legislador que dicha desigualación se produzca en virtud de actos *inter vivos*; lo cual se relaciona por otra parte, con la enemiga del Código civil hacia los pactos sucesorios, que han sido tradicionalmente el medio de desi-

(82) Sin embargo, luego la misma sentencia se refiere al fundamento de la voluntad presunta.

(83) Dice gráficamente MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, Madrid, 1948, p. 66: «En Roma, en las Partidas, en los Fueros, hoy, y en las Leyes de Toro y siempre, la colación está fundada en el deseo legal de igualar y está limitada en cada época por el ámbito de desigualar de que goce la voluntad del causante». En el moderno Derecho «*todo el patrimonio está sujeto a la igualdad, salvo lo que el padre haya excluido con sus legados y mejoras y dispensas expresas*» (en cursiva en el original).

gualación. Y aunque admite el Código que se pueda producir una desigualdad en virtud de donaciones y liberalidades hechas en vida del causante, sin embargo, para que tales actos produzcan un efecto desigualatorio es necesario que se manifieste de modo «expreso» esa voluntad (arts. 825 y 1036 C.c.), pudiendo siempre el donante, además, suprimir el carácter desigualatorio de la liberalidad, sometiéndola posteriormente a colación (art. 827, que establece la revocabilidad general de la mejora).

Una última cuestión nos queda por examinar a propósito de nuestro concepto del fundamento de la colación: es su concordancia lógica con el resto del sistema sucesorio y con las últimas reformas del Código en materia de sucesiones.

Hemos repetido varias veces hasta ahora que el sistema legitimario y la colación son concebidas en el Código como instrumentos de reparto de la propiedad, por reacción frente a la situación del Antiguo Régimen. Sin embargo, hay que reconocer que el Código amplió notablemente la cuota de libre disposición del causante con respecto a lo que establecía el Proyecto de 1851, con lo que, aunque se mantuvo el régimen de la colación, la desamortización y la desvinculación ya no eran tan intensamente deseadas como 40 años antes de la promulgación del Código. También son de notar otras disposiciones, como el art. 1056.2 —que no aparecía en el Proyecto de 1851—, donde ya asoma la necesidad de la economía liberal de mantener unida la explotación industrial.

Ultimamente, la reforma de 1981 ha abierto una importantísima brecha en la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, al permitir al causante atribuir libremente los bienes a uno de sus hijos, con la obligación de que pague en metálico a los demás su parte correspondiente (arts. 841 y ss.) (84). Como se ve, la necesidad de desvinculación no es sentida en el momento actual igual que antaño, al menos desde el punto de vista de la acumulación individual de los bienes.

En fin, está claro que la colación, como instituto que contribuye a mantener la igualdad entre los legitimarios y destinado a la división del patrimonio, sufre los embates del carácter transaccional (85) de la redacción originaria del propio Código civil, así como los del cambio de las condiciones sociales y económicas del momento presente; pero, a pesar de todo, creemos que sigue manteniendo su sentido y finalidad originaria. Ciertamente, la *occassio legis* de la desvinculación y del propósito de extinción de la nobleza ha desaparecido, pero la *ratio* de la distribución igualitaria del patrimonio del causante se mantiene tal cual. La imposición de la colación, salvo dispensa expresa, no puede

(84) Regulación que, por otra parte, concuerda con la supresión de la colación *in natura* y la imposición de la colación del valor.

(85) Así lo señala LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V. Barcelona, 1988, p. 450, acerca del sistema legitimario en general, pero vale igualmente para el caso que nos ocupa.

ser entendida sino en virtud de un sistema sucesorio que pretende el reparto igualitario de la herencia entre la familia del causante (86).

En apoyo de ello se puede aducir que la cuota legitimaria global sigue siendo bastante amplia (dos tercios) y que, dentro de ella, el Código aumentó aún más que el Proyecto de 1851 el afán de igualación (87); por ello, eliminó todas las referencias que el Proyecto hacía a la posibilidad de vincular conjuntamente *inter vivos* la cuota de mejora y la parte de libre disposición (supresión de los arts. 656, 657.2, 660) (88), y sustituyó el art. 659 del Proyecto, según el que «Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado», por el definitivo art. 828: «La manda o legado hecho por el testador a uno de sus hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre».

Finalmente, no se puede olvidar que la actitud sociológica de nuestro tiempo y los principios que informan nuestra Constitución son los de promover la igualdad en todos los aspectos. El art. 33 de la Constitución establece una «función social de la herencia» que ha de entenderse como «instrumento para la justa distribución de las riquezas (40.1 CE), que complementa la función que realizan en este sentido las leyes tributarias» (89). Por ello, la valoración que hace el Código de la igualdad entre los legitimarios nos sigue pareciendo plenamente vigente y defendible.

a) *Refutación de la doctrina que fundamenta la colación en la voluntad presunta del causante.*

La mayor parte de la doctrina, como ya hemos señalado, considera que al ser de Derecho dispositivo la norma que establece la colación (art. 1036 C.c.), su fundamento ha de ser necesariamente una presunción de voluntad, que puede ser destruida mediante declaración en contrario (90). Las consideraciones anteriores sobre voluntad típica de la ley serían, por tanto, irrelevantes.

(86) Muestra de ello es que, para favorecer la conservación de la explotación agraria, el legislador ha preferido mantener la regulación del Código civil y promulgar una Ley de la Explotación Familiar Agraria, en la que, a pesar de todo, se mantiene el deber de respetar las legítimas de los no sucesores en la explotación: arts. 29 y 32.

(87) Es oportuno observar que una amplia cuota legitimaria no significa siempre deseo de igualación; así sucede en el Derecho foral vizcaíno y el aragonés. En este sentido, se puede afirmar que la legítima tiene una doble función: familiar (mantener ciertos bienes dentro de la familia; intangibilidad cualitativa) e individual (la de no ser desigualado más allá de cierto límite). Así lo señalan para el Derecho francés TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 619, p. 602.

(88) Sobre esto, véase con mayor detalle, el capítulo II, sobre imputación, y el capítulo III, C). b). sobre la posibilidad de dispensa irrevocable en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero.

(89) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 17.

(90) Unas veces se dice que la presunción es del deseo de igualdad; otras, de que la donación se considere como anticipo de herencia; un tercer grupo opina que se presumen ambas cosas. Así, la sentencia de 17 de marzo de 1989 señala que «en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia».

Al estudiar este tema, parece necesario aclarar una confusión en la que parecen haber caído algunos de los seguidores de esta postura: y es que la imposición por la ley de la colación a falta de otra declaración por el causante no es de ninguna manera una presunción en sentido estricto (91).

La presunción es una «actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones» (92). Normalmente, es el Juez el que, en virtud de ciertas máximas de la experiencia, establece la conexión entre el hecho base y el presunto, de manera que, probado el primero, fija formalmente el segundo. Sin embargo, en otras ocasiones es la ley, la que, fundada también en esas máximas de la experiencia o incluso en razones de oportunidad (93), fija el nexo causal entre el hecho base y el presunto. Ahora bien, característica básica de toda presunción es que siempre admite que la parte perjudicada por ella pueda probar la incerteza del hecho presumido.

Vid. en este sentido, en la doctrina, ALBÁCAR y PASQUAU LIAÑO, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, p. 1171; ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, pp. 410 y 411; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 851; CABALLERO LASIERRA, «Colación de bienes», *Anuario de Derecho aragonés*, VI, 1951-52, pp. 101 y 103; DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 385; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 383; DE DIEGO y NAVARRO PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *RDP*, t. I, 1913-1914, p. 289; F.A. y J.B., «Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil», *RDP*, XXVIII, 1943, p. 725; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 4.^a ed., Madrid, 1914, pp. 591 y 602; MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 28, 30, 33 y 114; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XVIII, Madrid, 1901, pp. 142 y 143; MONTÉS PENADÉS, *Derecho de sucesiones*, por Capilla y otros, Valencia, 1992, p. 620; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 508 y 509; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 2.^a ed., Madrid, 1992, p. 929; ROCA SASTRE, *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus-Kipp-Wolff, V, 2, Barcelona, 1951, p. 59; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «Mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 354 y 355; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. IV, Madrid, 1982, pp. 131 y 488, y *Panorama de Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, pp. 765 y 778.

Ciertos autores consideran que la voluntad presunta es sólo parcialmente el fundamento de la colación. Así, DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, pp. 397 y 405; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, ed. 1988, p. 189.

(91) Hace especial hincapié en rebatir este error, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 4 y ss. También lo constata FERNÁNDEZ NÚÑEZ, J.A., en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 165.

(92) SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963, p. 17; puede verse del mismo autor, más recientemente, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, vol. 2, 2.^a ed., Madrid, 1991, pp. 606 y ss.

(93) Así, ROSENBERG, *La carga de la prueba*, traduc. esp. de Krotoschin, Buenos Aires, 1956, p. 189.

Por el contrario, la norma dispositiva no es cuestión de prueba, sino cuestión normativa, de Derecho material aplicable ante la ausencia de un determinado comportamiento (la declaración de voluntad). La presunción se dirige a la fijación formal de un hecho —en el proceso— como acaecido históricamente, en virtud de la prueba del hecho base. En cambio, la norma dispositiva no tiene la finalidad de fijar formalmente un hecho, sino que, a partir de un hecho precisamente no realizado (la declaración) se establece un determinado régimen legal para una situación.

No obstante, no se puede negar que el criterio que a veces utiliza el legislador en cuanto a los efectos de la ausencia de una declaración de voluntad, es establecer las consecuencias que previsiblemente hubiesen querido la partes. Sin embargo, no siempre sucede así; no toda norma dispositiva se fundamenta inexcusablemente en la «presunta» voluntad del particular (94).

En general, en el campo contractual, la doctrina ha señalado repetidamente que el carácter dispositivo de las normas no quiere decir que las mismas se puedan derogar sin razón alguna, y que el establecimiento de un reglamento típico por la ley responde a necesidades de protección de cada una de las partes (95). Ello se manifiesta en la inaplicabilidad de cláusulas que, si bien admitidas formalmente por la ley, pueden resultar abusivas.

(94) Hace notar DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1935, p. 254, que, a veces, «la ley se beneficia de la actitud pasiva o equivoca de las partes, bajo el pretexto de que ellas tenían la facultad de manifestarse claramente, para modificar su interpretación en un sentido tendencioso, que cuadra con sus propios *desiderata*, en cuyo caso la voluntad presumida sólo recubre, en realidad, la voluntad propia de la ley». Y añade más adelante (p. 257): el carácter supletorio «no entraña en absoluto que, en la elaboración del contenido de las reglas supletorias, el legislador hubiera de ocuparse especialmente de reproducir la voluntad probable de las partes. Ya se trate de leyes imperativas, de leyes dispositivas o de leyes supletorias, el método de elaboración del Derecho no cambia: el legislador se debe inspirar en las exigencias del bien común, de la oportunidad y de la practicabilidad de las reglas» (sin embargo, luego —p. 260— considera que las normas sobre colación sí recogen la voluntad «presunta» del causante). En el mismo sentido, FERRARA, *Tratato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma 1921, p. 61; LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, traduc. y anotac. por Aguilera de Paz, 4.^a ed., Madrid, 1964, n. 100, p. 216; también, aunque menos claro, GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, III, París, 1921, n. 237, p. 344.

Por contra, FORCHIELLI, *cit.*, p. 35, opina que la «íntima naturaleza» de la norma dispositiva exige que se acomode a la voluntad normal de los sujetos interesados.

(95) Así, por ejemplo, cuando el art. 1475 C.c. señala que los contratantes pueden suprimir la obligación legal de evicción, no parece que esta obligación se base solamente en la voluntad «presunta» de las partes, sino sobre todo en que el legislador considera que la responsabilidad por evicción es la forma más natural de mantener la correspectividad de las atribuciones: el tenor de la frase «El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato» (art. 1475) responde, más que a la voluntad de las partes, a la voluntad de la ley de mantener la equivalencia de las prestaciones.

Vid., por todos, DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, pp. 79 y 80.

En el campo sucesorio no aparecen, desde luego, las mismas necesidades que en el contractual, ni la misma posibilidad de abusos. Sin embargo, también se ha señalado acertadamente que las normas que regulan la sucesión legal están puestas al servicio de protección de intereses superiores del Ordenamiento (96). Lo que sucede es que, por razones de conveniencia legislativa, algunas de esas normas tienen carácter cogente (las referidas a las legítimas, por ejemplo), y otras se establecen como de carácter dispositivo. Ahora bien, dicho carácter supletorio no significa que sean una interpretación de la voluntad «presunta» del causante, sino más bien una manifestación de la voluntad típica de la ley, admitiendo ella misma su derogación por decisión del particular.

Ciñéndonos a la colación, hay que afirmar que la disposición que establece que a falta de declaración del causante conviene la colación, no es una presunción en sentido estricto, sino una norma material. Ante determinado supuesto de hecho (donación sin declaración complementaria de dispensa) se le asigna una consecuencia jurídica: la colación.

La evidencia más clara de que en el caso del art. 1036 C.c. no estamos ante una presunción la brinda el hecho de que, si no ha existido una declaración del causante contraria a la colación, no se puede probar la falta de esa voluntad «presunta» de colacionar; no es posible la prueba en contrario (97). Y esto más aún tratándose de una cuestión sucesoria *mortis causa*, para las que el Derecho establece de modo formal los modos de manifestación de la voluntad. Respecto a las disposiciones de última voluntad no son admisibles hechos concomitantes de los que se deduzca una cierta voluntad *mortis causa*, sino que es necesario que se realice una manifestación al respecto (98). De manera que, incluso aunque existiera constancia en documento privado o se probara por testigos que el causante no quiso la colación, tal prueba carecería de relevancia (99).

Por otra parte, aun en el caso de que el art. 1036 fuese —que no lo es— una norma interpretativa de la declaración de voluntad, tampoco

(96) Sobre esto, puede verse LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, y la bibliografía citada en nota 80, pp. 40 y 41; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pp. 36 a 38; y SANTORO-PASARELLI, «Vocazione legale e vocazione testamentaria», *Riv. dir. civ.*, XXXIV, 1942, pp. 193 y ss.

(97) Asimismo, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 8, 19 y 20; VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, p. 3; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 165.

(98) Sí sucede que, partiendo de una determinada declaración, a los efectos de interpretarla, se pueden tener en cuenta otras circunstancias externas a la declaración misma. En este sentido JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH, «Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, pp. 292 a 295.

(99) Así, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 8, 9 y 13.

se trataría de una presunción. Como señala unánimemente la doctrina procesal, hay que distinguir entre la labor de fijar cuáles son las declaraciones de voluntad de las partes —problema de fijación formal de los hechos— y la de atribuir a tales declaraciones su significación, alcance e inteligencia —problema de hermenéutica y por ello netamente sustantivo— (100).

En cuanto al juicio de oportunidad del legislador que opta por la colación en ausencia de declaración del causante, es harto improbable que aquél se base en una máxima de la experiencia según la que todo el que dona a un legitimario quiere que la donación se cuente como parte de su cuota hereditaria. Veamos: si un padre hace a sus hijos donaciones importantes pero de distinta cuantía, y luego en el testamento no trata de remediar la desigualdad producida, sino que, aun instituyéndoles por partes iguales, nombra además a unos legatarios y a otros no ¿de dónde sale la presunción de que el causante quiso la igualdad? Precisamente lo que se deduce es que el causante ha querido, por las razones que sean, desigualar a sus hijos, no igualarlos. En caso contrario, lo lógico sería que en el testamento los instituyese desigualmente para paliar la desigualdad producida por las donaciones (101).

En definitiva, parece más bien que nos encontramos ante una norma que tiene por objeto la protección de un interés familiar igualatorio, que el Ordenamiento considera deseable. Sin embargo, a diferencia de las legítimas, no ha considerado su imposición exigible hasta el punto de hacerla norma de Derecho necesario, sino que admite la decisión contraria del causante (102).

(100) CARRERAS LLANSANA, «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», *RJC*, LXI, 1962, p. 536, nota 57 bis; SERRA DOMÍNGUEZ, *cit.*, pp. 96 y 97; ROSENBERG, *cit.*, pp. 190 y 191.

(101) En esta línea se manifestaba expresivamente ARVIZU Y AGUADO, *El Derecho civil de Navarra y la colación de bienes*, Pamplona, 1929, pp. 100 a 102; asimismo, MORELL, «Colación especial exigida en el art. 1035 del Código civil», *RGLJ*, t. 108, 1906, pp. 29 y 30.

Por otra parte, se pregunta FORCHIELLI, *cit.*, p. 21, cuál puede haber sido la causa de que los autores consideren la colación basada en una presunción; «Se trata, con toda probabilidad, del mismo prejuicio que ha inducido a algunos intérpretes ... a considerar que todas las normas sobre la sucesión legítima están fundadas sobre la voluntad presunta del *de cuius*. Estas dos orientaciones representan verosímelmente uno de los no raros reflejos aberrantes del dogma de la voluntad, en virtud del cual se tendía a reconducir, también en materia sucesoria, todos los efectos jurídicos a la voluntad del *de cuius*, fuese ella explícita o implícita o incluso solamente presumible. Pero hoy esta visión excesivamente subjetiva aparece definitivamente superada gracias a la más moderna dogmática civilística, la cual ha aclarado ampliamente cómo los efectos, incluso negociales, están dispuestos por la ley, normalmente uniformándose, es verdad, a la concreta voluntad de los sujetos, pero a veces fuera e incluso contra ella».

(102) Decía expresivamente el tribuno SIMEON en el discurso pronunciado ante los Cuerpos Legislativos que «Los hijos y sus descendientes suceden a sus ascendientes por porciones iguales. No más injustas distinciones, ni de sexo ni de primogenitura, ni

¿Qué consecuencias prácticas tiene todo esto? A lo anterior se podría oponer que el funcionamiento técnico de la norma dispositiva hace irrelevantes dichas consideraciones. La colación funcionaría como cualquier norma dispositiva, y si el donante la excluye, entonces no se aplica, independientemente de esa voluntad típica del legislador (103). Sin embargo, nosotros creemos que sí tiene relevancia esa voluntad ideal de la ley, y como pocas veces a propósito de la dispensa de colación. En nuestro Código civil existe lo que podríamos llamar un *favor collationis*, lo que exige que su dispensa sea expresa (art. 1036), y que la interpretación de tal carácter expreso sea más bien restrictiva (104).

Con todo lo anterior no se quiere negar la posibilidad de que el legislador establezca la colación en ciertos casos como consecuencia de una «presunción» de la voluntad del causante. Así, el Código civil alemán establece la colación (*Ausgleichung*) sólo en el caso de la sucesión *ab intestato* (§ 2050) o cuando el testador haya distribuido sus bienes de forma semejante a la sucesión intestada (§ 2052) (105). Sin embargo, en nuestro Derecho del Código civil la colación tiene un significado político y económico dirigido al reparto de la propiedad y a la desvinculación de los bienes que no cabe desconocer.

b) *Refutación de la doctrina que basa la colación en la consideración de la donación como anticipo de herencia*

En cuanto al fundamento que alegan algunos de que la colación se basa en la consideración de la donación a los legitimarios como anticipo de herencia (106), nuestra opinión es la siguiente: Evidentemente,

incluso por matrimonio ... La ley los considera de modo igual, y les da a todos los mismos derechos. Es a los padres a quien corresponde distinguirlos sin injuria, señalar a los que hubieran merecido una justa predilección. Sus disposiciones serán el juicio doméstico, la ley particular de sus familias; ellas podrán introducir una desigualdad razonable y moderada. Pero la igualdad será el derecho común, el *deseo* y la disposición general de nuestro Derecho»; FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, reimpr. de la ed. de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 226 y 227.

(103) Esto es lo que opina DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pp. 167: «Provee el ordenamiento, de este modo, impulsado por criterios de equidad, a suplir un *comportamiento típico*, que responde a las ideas más diversas, y en el que se implican los más diversos principios del sistema, pero que no trascienden a la regulación positiva». Le sigue ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, V, 5.^a ed., Madrid, 1978, pp. 166 y 167, texto y notas.

(104) Sobre esto, véase nuevamente el capítulo III, II.

(105) La doctrina alemana considera que dicha regulación se basa en la «presunta voluntad» del causante: LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München-Berlin, 1962, p. 144; PALANDT-EDENHOFER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 51.^a ed., München, 1992, p. 1910; SKIBBE, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, t. 6, München, 1982, pp. 618 y 629. Cfr. los arts. 43 y 44 del Código de Sucesiones de Cataluña.

(106) Sentencias de 22 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1989; DE COSSIO, «Para la exégesis del artículo 1.045 del Código civil», *RDP*, L, 1966, p. 543; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 545; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, *cit.*, p. 166. Igualmente, muchas de las sentencias y de los autores que consideran el fundamento de la colación como presunción, opinan que es una presunción de anticipo de herencia.

la colación se relaciona con el problema legitimario y con el hecho de que la computación incluye las liberalidades *inter vivos*. Sin embargo, desde un punto de vista puramente técnico, la donación colacionable no es estrictamente un anticipo de herencia (107). Ello se deduce con claridad de lo siguiente: la masa en la que se integra el bien colacionado es distinta del caudal relicto, ya que se excluye al heredero que no sea legitimario; además, el bien donado no está afecto a las cargas de la herencia, y el donatario puede evitar la colación renunciando a la herencia (108). El legislador, más que desear que lo donado se considere anticipo de la cuota hereditaria, lo que desea es que lo donado se cuente como parte de la masa repartible entre los coherederos legitimarios.

c) *Conclusión*

Parece ya el momento de concluir. De lo anteriormente expuesto, podemos deducir que la colación es un instituto que no se puede entender plenamente sino como fruto de una serie de estratos históricos acumulados sucesivamente, a lo que se añade el carácter transaccional del Código en materia sucesoria. Partiendo de esta premisa, creemos que el fundamento de la colación se encuentra en la voluntad de la ley de mantener la igualdad sucesoria de los legitimarios, voluntad puesta al servicio de la función divisoria y desvinculadora de la sucesión hereditaria. O, más específicamente aún, admitido que en el testamento se pueden establecer cuotas desiguales entre los herederos forzosos, la voluntad de la ley de que las liberalidades *inter vivos* del causante no alteren las proporciones en la institución dispuestas por el causante en el testamento (o, en su caso, por la ley); todo ello, a menos que el donante haya dispuesto «expresamente» lo contrario.

CAPITULO SEGUNDO

DISPENSA DE COLACIÓN E IMPUTACIÓN

A) COLACION E IMPUTACION

Antes de entrar definitivamente en el acto de dispensa y sus consecuencias, parece necesario desbrozar el camino distinguiendo la colación y su dispensa de otra figura estrechamente relacionada: la imputación.

(107) Y menos aún un anticipo de legítima: ésta es una cuestión de imputación, regulada por el art. 819, que tiene distinta finalidad que los arts. 1035 y ss.

(108) En este sentido ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*. Milano, 1942, pp. 75 y ss.

Normalmente, la doctrina considera que colación e imputación son cuestiones distintas; y, efectivamente, así es. La imputación tiene por misión encajar las disposiciones gratuitas del causante en los tres tercios en que contablemente se divide el caudal computable (legítima estricta, tercio de mejora, tercio libre), con el fin de salvaguardar la legítima de los herederos forzosos.

Por su parte, la colación, como ya hemos señalado, se dirige a que el valor de las liberalidades *inter vivos* del causante hechas a los herederos forzosos se reparta en proporción a la cuota en la que han sido instituidos.

Sin embargo, aunque imputación y colación sean cuestiones distintas, están indudablemente relacionadas, desde dos puntos de vista:

* Ante todo, porque toda donación hecha a un legitimario se imputa en su legítima (art. 819), pero si es instituido heredero, y concurre con otros de la misma clase, también se colaciona (art. 1035). La razón de esta doble implicación es que, desde el Derecho romano, la colación se concibe en las leyes presuponiendo que la legítima está ya cubierta con otras disposiciones testamentarias, con lo que las liberalidades hechas en vida no tienen por función cubrir la legítima (imputación). De esta manera, el problema que exclusivamente resuelve la colación es si el valor de las donaciones quedará sólo para el donatario, o bien habrá de repartirlo con los demás coherederos legitimarios.

Ahora bien, puede suceder que el heredero obligado a colacionar no complete su legítima si no es contando (imputando), íntegra o parcialmente, la donación recibida con la cualidad de colacionable. En este caso, la colación supondría que el colacionante viera disminuida su porción en el caudal computable y no se respetara su cuota legitimaria. Ante ello, no parece que haya de acudir a una acción de suplemento, sino que, por imperativo del artículo 819.1, habrá de imputarse todo lo recibido en su cuota legitimaria y no procederá entonces la colación. De ahí que las normas sobre colación la establezcan «a salvo las legítimas» (arts. 1037, 1038 y 1042).

Por tanto, aunque en principio la colación debe ser una operación contable previa a la imputación, y una vez hecha aquélla se procede a ésta, en el caso de que la colación perjudicara la legítima del colacionante, se daría «marcha atrás» respecto de la colación; y en el supuesto de que los demás legitimarios herederos tampoco hayan recibido totalmente su legítima, no acudirán a la colación de su colegitimario, sino a una acción de suplemento.

Así que podríamos decir que, en cierto modo, la acción de suplemento del legitimario nombrado heredero empieza por la no colación de lo que debería colacionar. Por esto, cuando la ley XXIX de Toro se disponía que la hija había de colacionar lo recibido en virtud de dote, tal colación en realidad nunca se producía pues la dote no podía ser superior al valor de su cuota legitimaria, de manera que no había verdaderamente colación,

sino imputación. Esto explica con facilidad la confusión entre colación e imputación en la doctrina anterior al Código.

Parece, pues, que la colación de las liberalidades *inter vivos* sólo se realizará efectivamente si el donatario tiene por algún otro título (incluida, p. ej., la colación de otro hermano) bienes suficientes para llenar su legítima. En la medida en que no los tenga, no se producirá.

Veamos un ejemplo: el causante tiene tres hijos y el caudal relicto es 900. Nombra a «A» heredero en 2/5; a «B» en otros 2/5; y a «C» en 1/5. De esta manera «A» recibirá 360, «B» 360 y «C» 180.

En vida, el causante hizo a «C» una donación colacionable por valor de 90. El caudal computable es 990. Si realizamos la colación normalmente, «A» recibirá en total 396, «B» 396 y «C» 198. Como la legítima larga individual es 220, a «C» le faltan 22 para completar su legítima.

Ante esta situación, caben dos soluciones. Vamos a ver primero la que propugnamos, conforme a la aplicación preferente del art. 819 sobre las normas de la colación y sobre las de suplemento de legítima en sentido estricto (art. 815).

1. A «C» se le imputan 40 unidades de la donación a su legítima. Ya tiene sus 220 (180 + 40); quedan, pues, 50 a repartir conforme a la cuota hereditaria de cada cual. «A» recibirá $360 + 20 = 380$; «B» $360 + 20 = 380$; «C» $180 + 40 + 10 = 230$.

2. Si optamos por aplicar la colación en todos sus extremos, y luego suplir conforme al art. 815, la solución sería esta: se reduce la institución de heredero de «A» y «B» en 11 cada uno, hasta completar los 220 de «C». Por tanto, «A» recibiría $360 + 36 - 11 = 385$; «B» $360 + 36 - 11 = 385$; y «C» $180 + 18 + 22 = 220$ (1).

O sea, en el segundo caso el colacionante sólo recibe su legítima estricta, mientras que en el primero recibe un poco más.

La solución 1 es la que parece más adecuada conforme al carácter preferente de las normas de imputación sobre las de colación, y atendiendo también a que la colación desempeña su función natural dentro del tercio libre, mejor que dentro de los tercios legitimarios.

Además, si se hubiese instituido a un extraño, con la aplicación de la acción de suplemento la cuota de éste se vería mermada, mientras que con la aplicación preferente del art. 819, no.

* La implicación entre imputación y colación se puede dar, además de en el caso anterior, en este otro: Aunque la colación no se dirige a salvaguardar la legítima, desde el punto de vista práctico también

(1) Como es lógico, en todos los casos la colación se hará por toma de menos de «C»; sin embargo, exponemos las distintas operaciones de esta otra manera para resultar más claros.

puede servir para que se cubra la legítima, no del donatario, sino de los coherederos legitimarios beneficiados con la colación. Así resultará en el caso de que un heredero forzoso reciba por su título hereditario una atribución inferior de su cuota legitimaria, pero que la misma sea completada con la colación de la liberalidad recibida por su coheredero (2).

B) DISPENSA DE COLACION CUANDO EL DONATARIO NO HA RECIBIDO LO QUE POR LEGITIMA LE CORRESPONDE

Aclaradas las cuestiones previas anteriores, vayamos ahora con la dispensa de colación y su imputación.

A nuestro juicio, la dispensa de colación es una disposición *mortis causa* del causante que sólo es eficaz si éste ha dispuesto sobre el resto de su sucesión, en especial respecto de las legítimas, de modo que sea compatible con aquella dispensa.

— Así, el primer caso que se puede plantear es que el causante done con dispensa de colación, y luego instituya al donatario en el testamento en una cuota que represente una cuantía inferior a la que por legítima le corresponde. En esta situación, la liberalidad dispensada se aplica ante todo a cubrir la legítima (3) (art. 819, y preferencia de las normas de imputación sobre las —legales o voluntarias— de la colación). Como dice el art. 815, la acción de suplemento se produce respecto a lo que el causante haya dejado «por cualquier título». Está claro que para el Código es más importante cubrir la legítima que mantener la igualdad o proporción entre las cuotas; y también es más importante mantener en lo posible las atribuciones realizadas por el causante que la igualdad o proporcionalidad. Por consecuencia, la dispensa sólo es realmente eficaz cuando el resto de las disposiciones testamentarias permiten que lo donado se impute al tercio libre.

(2) Este efecto de la colación se olvida a veces. Sí lo aprecia LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 479, que plantea el siguiente caso: un padre que posee 900 dona 125 a su hijo Primus en el momento de casarse; posteriormente, dona 100 a su amigo Ticio. Viene luego a peor fortuna y fallece habiendo instituido herederos a sus 4 hijos y con un caudal de 75. Cada uno de los hijos tiene una legítima de 50, y entonces, según este autor, para pagar la de los tres últimos hermanos, no bastando el caudal, la donación de Ticio se reduce en 75. Finalmente, si fuera Primus el último donatario y Ticio el primero, se reduciría la donación a Primus quedando éste con 50, igual que sus hermanos.

No obstante, si admitimos que la colación implica la aportación del exceso sobre la cuota hereditaria (sentencia de 17 de marzo de 1989), se colacionarán los 125 recibidos por Primus, y cada uno de los hijos percibirá los 50 que constituyen su legítima larga.

(3) Así opina también DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pp. 175 y 176.

— Si en vez de instituirlo en una cuota menor de lo que le corresponde por legítima, ni siquiera menciona al donatario en el testamento (4), o lo deshereda, *a priori* no hay cuestión de colación por faltar uno de sus presupuestos: la condición de heredero. No obstante, podría plantearse el problema de que, preterido o desheredado injustamente, pueda hacer valer sus derechos como legitimario, y entonces la opinión más común es que sucede a título de heredero ¿Qué efectos tiene entonces la dispensa de colación? En realidad, estamos en el mismo caso que el anterior, de manera que la dispensa no producirá ningún efecto; la donación dispensada se imputa a la legítima (arts. 819 y 815) y la acción de preterición intencional o de desheredación injusta le va a otorgar la condición de heredero en la medida que le falte para cubrir la legítima partiendo del valor de la donación ya recibida.

En consecuencia, de todo lo anterior podemos deducir que las cuotas en que contablemente se divide el caudal computable a efectos de la legítima no son compartimentos estancos a la hora de salvaguardar la legítima, sino que, por el contrario, las disposiciones del causante sobre la imputación se respetarán en tanto haya dispuesto de manera que dicha legítima quede cubierta para todos los herederos forzosos. Por ello, algunos autores consideran que la dispensa de colación no es propiamente un acto dispositivo, sino más bien una orden de distribución sucesoria de la liberalidad realizada previamente (5).

C) DISPENSA DE COLACION CUANDO TODOS LOS LEGITIMARIOS HAN RECIBIDO SU LEGITIMA ESTRICTA

Finalmente, si el causante ha respetado en sus diversas atribuciones gratuitas la legítima de todos los herederos forzosos ¿dónde se imputa la donación dispensada? ¿supone una mejora o ha de imputarse necesariamente al tercio libre?

Para resolver estas preguntas, no hay más remedio que volver a referirse a las relaciones entre colación e imputación. Desde nuestro punto de vista, en toda la porción legitimaria existe una voluntad evidente en la ley de mantener la igualdad. En realidad, la igualdad en la legítima estricta se produce necesariamente por ministerio de la ley, de for-

(4) En ese caso podríamos pensar que hay preterición, y tal vez sea así. El problema es que la pretención intencional ha quedado muy desdibujada tras la reforma de 1981, pues sus efectos son exactamente los mismos que los de la acción de suplemento; de manera que aquélla ha dejado de tener una sanción especial por no respetar la dignidad de heredero del legitimario. Por su parte, la preterición no intencional se justifica ahora, más que en la falta de respeto a la dignidad de heredero, en la búsqueda de la verdadera voluntad del causante, que no habría dispuesto de esa manera si hubiera conocido la existencia del legitimario preterido.

(5) Así, BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1992, p. 84; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, p. 64. *Vid. infra*, capítulo III, I, A).

ma imperativa. En el tercio de mejora, la igualdad es el régimen dispositivo, pero que puede ser derogado por la voluntad del causante. Ahora bien, la intención de la ley de mantener la igualdad se manifiesta en que toda donación se imputa en la legítima larga (art. 819), y en la necesidad de que la mejora haya de ser expresa (arts. 825 y 828 C.c.) (6); de lo contrario, surge la posibilidad de interponer una acción de inoficiosidad.

Por ello, en el caso de que una donación a un legitimario haya de reducirse por perjudicar la cuota de mejora no empleada en mejorar (es decir, en el caso de que no sea mejora y siga siendo legítima), la reducción se hará justo en la medida necesaria para que cada uno reciba exactamente lo mismo que los demás en los dos tercios legitimarios, y no en la proporción en que cada uno haya sido instituido, como sucede en la colación.

De ahí que, respecto de las donaciones imputables en los dos tercios de legítima, no cabe hablar de colación o dispensa en sentido técnico estricto; el freno a la desigualación viene dado por la imperatividad de la igualdad en toda la legítima estricta, y por la exigencia de que la mejora sea expresa. Además, colación y mejora son lógicamente incompatibles (7), pues la primera significa repartir y la segunda desigualar.

Sin embargo, como el legislador es partidario de la igualdad entre los legitimarios en todo el caudal computable (y no sólo en la legítima), el mecanismo que utiliza para favorecerla fuera de la porción legitimaria es precisamente la colación: todo lo que se reciba gratuitamente *inter vivos* del causante ha de ser repartido entre los colegitimarios (8).

En el Derecho francés —ordenamiento en que se inspiró el Código en este punto— se ve claramente que la colación o su dispensa sólo puede afectar a la parte libre y no a la reserva, pues de ésta no puede disponerse, sino que está ya reservada por la ley. Sin embargo, en nuestro Derecho, la posibilidad de desigualar dentro de la legítima —la mejora— ha complicado a veces el entendimiento de la colación por la doctrina y los Tribunales.

(6) Recordemos de nuevo los comentarios de GARCÍA GOYENA. En el artículo 657, que establecía la necesidad de que la mejora *inter vivos* fuera expresa, decía que «La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como anticipación o pago a cuenta de aquélla; en esto a nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica a los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador». En el art. 660, según el que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare de la parte disponible entre herederos forzosos», observaba que, si no consta claramente la voluntad del mejorante, «debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer en favor de extraños».

(7) DE LA CÁMARA. *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid, 1990, p. 387.

(8) No obstante, tal mecanismo técnico, como ya señalamos, no realiza perfectamente la igualdad, pues el reparto del valor de lo donado se realizará en la misma proporción que las respectivas instituciones de heredero.

Por tanto, volvemos a recalcar, la función de igualdad dentro de la legítima la realiza la no presunción de mejora, y la consecuente inoficiosidad de las atribuciones que no la respeten. Contrariamente, dentro del tercio libre, esa función la realiza la colación; en realidad, parece que al no tener la colación como finalidad la salvaguarda de las legítimas, la dispensa sólo puede ser eficaz fuera de los dos tercios legitimarios (por ello, también se puede dar en los Derechos donde no hay legítima, como el navarro) (9).

Así pues, la colación y su dispensa sólo entran en juego cuando el causante ya ha satisfecho mediante otras atribuciones la legítima del donatario. En el caso de que se dispense de colación, pero no esté cubierta la legítima, tal dispensa no tiene efecto alguno, ya que en este supuesto ha de entenderse que lo donado con dispensa ha de imputarse en la legítima, pues las normas sobre imputación son imperativas, mientras que las disposiciones —legales o voluntarias— sobre colación sólo se aplican una vez que se haya satisfecho aquélla.

Si lo donado con dispensa excede del tercio libre ¿se imputa sucesivamente en el de mejora? La doctrina que se ocupa, escasamente, del problema suele aducir que mejora y tercio de libre disposición tienen, respecto de los descendientes, la misma consideración; de manera que si el valor de la donación dispensada excede del tercio libre, se imputará en la mejora (10). Se defiende tal postura sobre la base de los siguientes argumentos:

— que «el fundamento de la dispensa de colación es el mismo que el de la mejora, cuando el donante sea un padre y los donatarios hijos. Es todo acto de dispensa de colación una verdadera mejora disfrazada, y tan sostenible en principios y en las leyes como lo es la facultad que al padre se le concede de premiar méritos, atenuar desigualdades y recompensar servicios en favor de uno o varios de sus hijos, que es lo que toda mejora supone» (11).

— que cuando el art. 825 habla de mejora, lo hace en un sentido amplio, incluyendo la cuota de mejora en sentido estricto y el tercio libre; ello es conforme con la legislación de Toro y con el Proyecto de Código civil de 1851.

(9) En este sentido, afirma GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, 181: «La dispensa de colación es la imputación de la donación a la cuota libre». Similamente, DE LA CÁMARA, *cit.*, p. 386. *Cfr.*, ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, pp. 112 y 113.

(10) DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, 2.^a ed., VIII, Madrid, 1951, p. 556; ROCA SASTRE, *Notas al Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus-Kipp-Wolff, V, 2, Barcelona, 1951, p. 359; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, p. 172; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 200; ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, art. 819, p. 730, y art. 825, p. 744; también, aunque con ciertas dudas, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 109 y 110.

(11) SCAEVOLA, *Código civil*, t. XVIII, Madrid, 1901, arts. 1035 y 1036, p. 143.

— que la herencia del ascendiente no hay que entenderla dividida en cuotas incommixtibles. «No teniendo este carácter los tercios hereditarios, la voluntad del testador podrá extender sus disposiciones indistintamente de una a otra porción ideal, mientras no rebase los límites que legalmente la acotan. Y de los artículos 636 y 656, en relación con los artículos 806, 808 y 823, resulta que las donaciones otorgadas a favor de descendientes no tienen otra limitación que la legítima estricta de los demás descendientes». En este sentido, sería aplicable por analogía el art. 828 (12).

En nuestra opinión, ciertamente, si el causante dona con el carácter de mejora o con dispensa de colación, normalmente ha de querer que, si el valor de lo donado excede de la cuota a la que se ha referido (tercio libre o mejora), la desigualdad entre colegitimarios se extienda a todo el valor de lo donado (13). Ahora bien, lo que no está en absoluto claro es que eso lo permita sin más la ley, y que la voluntad del causante sea en todo y para todo el eje de la sucesión (a despecho del art. 675).

Este problema requiere un examen detenido de los antecedentes legislativos y del proceso de elaboración del Código. En las Leyes de Toro, respecto de los hijos y descendientes, el tercio de mejora y el quinto de libre disposición tenían un tratamiento conjunto, empleándose por la doctrina y las leyes la expresión «tercio y quinto de mejoría» (leyes XIX, XX, XXI, XXII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXIX, XXXI de Toro); de ahí que la alternativa no fuera colación o dispensa, sino colación o mejora.

El Proyecto de 1851 siguió considerando, en general, ambas cuotas conjuntamente, respecto de los descendientes (arts. 657 a 660). Por ello, García Goyena consideraba la imputación de las donaciones a la legítima, y no a la mejora (art. 657), como el contrapunto de la colación (art. 882); correlativamente, consideraba la presunción de mejora de lo dejado en testamento (art. 659) como el contrapunto de la no colacionabilidad de las atribuciones testamentarias (art. 882) (14).

Sin embargo, a diferencia de sus antecedentes, el Código de 1889 ha distinguido nítidamente entre el tercio de mejora y el libre, suprimiendo todas las referencias conjuntas a los mismos a propósito de las donaciones a los legitimarios. En este sentido, es fundamental la elimi-

(12) VALLET DE GOYTISOLO. «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición». *AAMN*, VIII, Madrid, 1954, pp. 114 y 115; igualmente en *Estudios ...*, IV, *cit.*, pp. 409 y ss. En este sentido también, PUIG BRUTAU, *cit.*, pp. 41 y 42; LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones*, I, 2.^a ed., Bilbao, 1992, p. 159; RIVAS MARTÍNEZ. *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 2.^a ed., Madrid, 1992, pp. 216 y 217.

(13) Aunque, como dice LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 109 y 110, será una cuestión de interpretación si la voluntad de desigualar se extiende del tercio libre a la cuota de mejora. En igual sentido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *Derecho de sucesiones*, por Capilla *et altri*, Valencia, 1992, p. 365.

(14) *Cit.*, t. II, pp. 105, 106, 252 y 253.

nación del párrafo segundo del art. 657 del Proyecto (actual 825), que, al regular la donación en concepto de mejora, establecía que «para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas». La razón de esta alteración parece que estriba en que actualmente la mejora no puede atribuirse al tercio libre.

Igualmente, se eliminó el art. 660, según el que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos». También, en esta línea, se sustituyó el art. 659 («Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado») por el actual 828: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre».

Finalmente, el actual artículo 829 (muy distinto del 661 del Proyecto) establece que, en el caso de mejora en cosa determinada, «Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados». Este precepto, que la doctrina suele tratar sólo a propósito de las disposiciones testamentarias, es también aplicable a las donaciones, como se desprende claramente de su antecedente, la ley XIX de las de Toro, que se refiere a la mejora hecha en cosa cierta por el ascendiente «en vida o al tiempo de su muerte» (15).

A pesar del tenor literal del artículo, la doctrina más reciente se inclina por considerar que la falta de referencia al tercio libre es un «descuido del legislador que puede salvarse mediante la interpretación» (16). A nuestro juicio, esto es insostenible; el Anteproyecto del libro III del Código admitía la mejora en cosa determinada «con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a la mejora, de la cuota disponible y de la parte de legítima correspondiente al mejorado ...» (17). El cambio

(15) Conforme, LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*. Madrid, 1961, p. 106; VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XI, 2.^a ed., Madrid, 1982, art. 829, p. 377.

(16) LACRUZ, *Elementos*. V, *cit.*, p. 514; VALLET DE GOYTISOLO, «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición», *AAMN*, VIII, 1954, pp. 73 y ss.; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*. Madrid, 1961, pp. 128 y ss.

(17) *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 4.^a, vol. I, Madrid, 1965, p. 250. En la misma línea, la ley XXVI de Toro disponía «que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni a él ni a otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legitima de que debian aver de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en más».

de redacción, desechando la posibilidad de que la mejora se impute por el exceso al tercio libre, está claro que se debe a una intención deliberada del autor de la norma, aunque sea discutible cuál (18).

¿Cuál es la razón de todas estas modificaciones? Sabemos que el ponente de la sección «De las mejoras» en el Anteproyecto de Código fue D. Benito Gutiérrez (19). Este, en su obra *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, se queja de que las Leyes de Toro permitieran la confusión —y acumulación— entre el tercio de mejora y el quinto libre: «La ley del Fuero Juzgo distinguió entre el tercio de mejoría y el legado de quinto: la presente (ley; se refiere al Fuero Real) estuvo muy en su lugar prohibiendo su acumulación. Hoy se reúnen por mala inteligencia de los legisladores de Toro que dieron al quinto el nombre de mejora, sin corresponderle, y lo que es peor, suponiendo que un mismo hijo pudiera recibir ambas mejoras, pero Montalvo, el comentador del Fuero de las Leyes, no pudo dudar un momento que la preinserta terminantemente lo prohibía» (20).

De manera que, siendo este jurista el ponente de la sección dedicada a las mejoras parece poco verosímil que la supresión del art. 656 y del párrafo segundo del art. 657 del Proyecto de 1851 se deba a incuria del legislador. Por el contrario, parece más bien que el Código civil ha eliminado intencionadamente todas las referencias que el Proyecto hacía de forma conjunta a la mejora y a la parte de libre disposición (21).

En fin, la razón de estas modificaciones sólo puede ser una: la desvinculación, y el consiguiente rechazo a que las liberalidades *inter vivos* alteren la igualdad entre los legitimarios (salvo disposición expresa del causante), que era precisamente la práctica corriente en la Edad Moderna (22).

(18) Además, ello concuerda con que, simultáneamente, se sustituyó el art. 813 del Anteproyecto —«Lo dejado por el testador a uno de los hijos o descendientes, se reputará mejora, aunque no le dé este nombre»— por el definitivo 828. Sobre el momento de estas reformas, *vid.* LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, vol. I, s.f., p. 564.

(19) Según nos cuenta LASSO GAITE, *cit.*, vol. I, p. 551.

(20) T. III, 4.^a ed., Madrid, 1875, p. 516.

(21) GUTIÉRREZ falleció en 1885, con lo que no pudo ser el autor de las modificaciones de los arts. 828 y 829 actuales —decididas en el último momento—, pero sí parece que la Comisión siguió las pautas diferenciales marcadas por el Anteproyecto respecto del Proyecto de 1851.

(22) Con todo, no se nos oculta que el Código amplió notablemente la libertad de testar respecto del Proyecto de 1851. Sin embargo, legítima amplia e igualdad no son dos realidades necesariamente paralelas (así, Derechos aragonés y vizcaíno). En este sentido, parece que los miembros de la Comisión, aún encorsetados por la Base que imponía la división del caudal computable en tres partes, hicieron lo posible por mantener la tendencia desvinculadora e igualadora empleando para ello todos los mecanismos técnicos que tenían a su alcance.

Por tanto, consideramos que, en cuanto a la salvaguardia de las legítimas, los tercios de imputación son, desde luego, perfectamente conmixtibles. Sin embargo, cuando las atribuciones *inter vivos* del causante rompen la igualdad entre los legitimarios, la ley fija un dique entre el tercio de mejora y el libre, dique que sólo puede ser salvado por el causante repitiendo la orden de desigualación que había establecido en un tercio (mejora o libre), en el otro (23). Así, si dona con dispensa de colación, y el valor de la liberalidad excede del tercio libre, el exceso se reduce por inoficioso (siempre que esté cubierta la legítima estricta del donatario) (24) (25).

Por el contrario, si impone *inter vivos* que una donación se impute al tercio de mejora, y luego su valor excede de dicho tercio, la cuestión es más compleja, por la incidencia del art. 829. Parece que si la donación excede del tercio de mejora, y el tercio libre no está cubierto por otras atribuciones, el exceso se colaciona (siempre que se den sus presupuestos). Esta nos parece la interpretación más plausible, pues si no se ha dispuesto del tercio libre, no existe ningún interesado directa-

Por otra parte, GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *RDP*, XLVII, 1963, p. 974, nota 35, opina que la diferencia que existe en el Código entre la imputación de donaciones y legados radica en que en el momento del testamento, el testador puede apreciar si el legado sobrepasa el tercio libre. «En cambio, al hacer la donación el donante no puede saber si en el futuro ella excederá o no del tercio libre lo cual dependerá de circunstancias ajenas a su voluntad e imprevisibles en el momento de otorgarla». Es una buena razón complementaria, pero creemos que la principal sigue siendo la desvinculación.

(23) La compartimentación de los tercios es especialmente clara respecto de las atribuciones *inter vivos*, lo que concuerda con el rechazo de los pactos sucesorios; por ello, no creemos que proceda la aplicación analógica del art. 828.

(24) Un ejemplo: el causante tiene tres hijos, «A», «B» y «C». Siendo el caudal relicto 50, nombra a sus tres hijos y a su amigo «D» herederos por partes iguales. Por tanto, cada uno percibe 12'5 unidades.

En vida, el causante donó 50 a «A» con dispensa de colación. Consiguientemente, la legítima larga individual es de 22'2, y a «B» y «C» les faltan 9'7 respectivamente para completarla.

Como la acción de reducción comienza por la institución de heredero, «A» y «D» pierden 9'7 de su respectiva cuota hereditaria, de manera que la cosa quedaría así: «A»: $12'5 - 9'7 + 50 = 52'7$; «B»: $17'5 + 9'7 = 22'2$; «C»: $12'5 + 9'7 = 22'7$; «D»: $17'5 - 9'7 = 7'7$.

(25) En este sentido, GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *RDP*, XLVII, 1963, p. 974; GARCÍA-BERNARDO, *cit.*, pp. 187 y 188; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pp. 143 y 144. También lo acepta así, aunque criticando el sistema del Código, URIARTE, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil», *RCDI*, V, 1929, pp. 334 a 336.

Incorrectamente, SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1036, p. 7440, considera que el exceso se colaciona; en nuestra opinión, no puede ser así, pues si la donación excede del tercio libre lo que se perjudica es la legítima larga, porción del caudal en que la distribución se hace por partes iguales, y no conforme a la cuota en que cada legitimario ha sido instituido; además, puede que algún legitimario haya sido pagado con un legado, en cuyo caso no participaría de esa colación.

mente en la reducción de la donación; sin embargo, los demás coherederos legitimarios sí tienen derecho a que se mantenga la proporcionalidad en sus atribuciones en cuanto al exceso sobre la mejora (26).

En el caso de que el tercio libre esté ya ocupado por otras atribuciones, parece que ha de aplicarse literalmente el art. 829: o sea, el abono en metálico del exceso.

Toda esta argumentación tiene el inconveniente de encorsetar la voluntad del causante de modo que tal vez se considere absurdo. Sin embargo, en lo referente a las disposiciones a favor de los legitimarios que contraríen la igualdad hay que poner en cuarentena la afirmación de que la voluntad del causante ha de prevalecer por encima de todo, y que el deseo legislativo de igualdad no tiene eficacia alguna. Desde nuestro punto de vista, en nuestro Código hay un ideal igualitario entre los legitimarios (especialmente, respecto de las atribuciones *inter vivos*) que se extiende a todo el caudal; y para contrariarlo, es necesario que el causante disponga expresamente quebrando dicha igualdad.

Para terminar este apartado vamos a referirnos a las órdenes de imputación al tercio libre y a la legítima estricta. Si el donante dispone que se impute lo donado al tercio libre ¿implica esto dispensa de colación? La cuestión es compleja, y parece conveniente responderla desde dos puntos de vista distintos.

En primer lugar, creemos que las órdenes de imputación del causante excluyen el juego de la colación o su dispensa. La imputación es preferente a la colación, de manera que si causante ordena imputar una donación en cualquiera de los tercios computables está excluyendo lo atribuido del caudal partible entre los legitimarios, y en ese caso no cabe plantearse siquiera el problema de la colación o su dispensa.

En segundo lugar, creemos que la imputación a la parte libre desigual favorablemente al gratificado. La razón es de pura similitud con la imputación al tercio de mejora: Cuando el donante dispone que una donación se considere mejora, está claro —en su intención, y en el Código— que el valor de lo donado no se imputa en su cuota viril del tercio de mejora, sino que lo recibirá *extra* como forma de desigualación, participando luego con sus colegitimarios en la cuota restante no empleada en mejorar.

Correlativamente, cuando se dispone la imputación de una liberalidad al tercio libre parece que hay que entender —según la ley y la voluntad del causante— que se recibe tal valor exclusivamente, pero participando, por el contrario, de la colación de los otros herederos forzosos. Esta in-

(26) En contra, LÓPEZ JACOISTE, *cit.*, pp. 158 a 161, considera que si no se ha dispuesto del tercio libre, no puede haber ningún interesado en el mismo. Sin embargo, en nuestra opinión, si la mejora es simultánea a la donación, si existen unos interesados: los demás legitimarios, pues ya hemos señalado que el deseo legislativo de igualdad entre herederos forzosos se extiende a todo el caudal (ese es el sentido último de la colación), y no sólo a la porción legítima.

interpretación resulta reforzada por el hecho de que, bajo las leyes de Toro, la imputación al quinto libre suponía siempre desigualación (27).

Finalmente, si el causante dispone la imputación de lo donado a la legítima, parece que el exceso sobre la misma se colaciona, a menos que resulte evidente su voluntad de que se impute exclusivamente en ese tercio (28).

D) IMPUTACION Y COLACION DE LAS DONACIONES HECHAS A LOS ASCENDIENTES

En cuanto a la dispensa de colación de las donaciones hechas a los ascendientes cuando sean legitimarios efectivos, valen en general los mismos criterios que hemos utilizado en las páginas anteriores. Cabe destacar, no obstante, que, como en este caso no existe cuota de mejora, los problemas se simplifican grandemente.

CAPITULO TERCERO

EL ACTO DE DISPENSA

En el tercer capítulo del presente trabajo vamos a considerar definitivamente el acto de dispensa. Ante todo, ¿qué significa dispensar de la colación? Supone simplemente que el dispensado no habrá de repartir con los demás coherederos legitimarios el valor de las liberalidades recibidas del causante *inter vivos*. Por tanto, la sucesión hereditaria se desarrollará en principio como la si donación no hubiera tenido lugar (1).

I. NATURALEZA DEL ACTO DE DISPENSA

A) LA DISPENSA COMO ACTO *MORTIS CAUSA*

Una vez dado un concepto inicial y aproximativo de la dispensa, parece necesario caracterizarla. Es primordial, sobre todo, calificarla, bien como acto *inter vivos*, bien como acto *mortis causa*. Ello nos ayu-

(27) En la sentencia de 19 de julio de 1982 se da por supuesto que la imputación de una donación al tercio libre excluye la colación.

(28) Asimismo, LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 512.

(1) En el mismo sentido, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 244; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 570.

dará a determinar el régimen jurídico del negocio o acto de dispensa, el momento en que se puede realizar, el documento al que se incorpora, la necesidad de aceptación, su revocabilidad o no. Por otra parte, esta labor no es posible sin referirnos a las relaciones que median entre la donación y la manifestación de dispensar: si se trata de un único negocio, o de dos negocios coligados, y en este caso, de qué tipo es el ligamen que les une.

Comenzaremos por estudiar, aunque sea limitadamente, la cuestión de la diferencia entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*: La sucesión por causa de muerte es una exigencia, ante todo, de la continuidad de las relaciones jurídicas, que normalmente no pueden quedar extinguidas por la muerte de una de sus partes. Con base en ello, se considera acto a causa de muerte aquél que tiene su razón de ser en la muerte del que lo realiza, y que produce efectos tras su fallecimiento. Más específicamente, será *mortis causa* el acto que tenga por objeto regular —derogando así el régimen legal supletorio— el vacío que se produciría en las relaciones jurídicas de una persona por consecuencia de su muerte. Como señala la doctrina, la muerte es el punto de origen de la situación regulada y elemento de individualización del objeto del negocio (2).

Dentro de este tipo de negocios se distinguen, por una parte, los actos de última voluntad —cuyo supuesto básico sería el testamento— y, por otra, los pactos y contratos sucesorios. Los pactos sucesorios son, *grosso modo*, aquéllos en que una persona se vincula irrevocablemente acerca del destino de sus propias relaciones jurídicas para después de su muerte (pactos institutivos), o bien sobre los posibles derechos en la futura herencia de otra persona aún viva (pactos renunciativos y sobre la herencia de un tercero). El Código civil rechaza en principio su validez (arts. 1271, 816, 991), salvo ciertas excepciones expresamente establecidas (3).

(2) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 40. Define el acto a causa de muerte como «aquél que tiene por función regular relaciones y situaciones que vienen a formarse de modo *originario* con la muerte del sujeto o que de su muerte toman (*traggono*) una calificación autónoma» (p. 41). A este autor vamos a seguir especialmente en la exposición de las líneas que siguen.

En el mismo sentido que el anterior, JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, p. 433 (también en *RDN*, XXXVII-XXXVIII, 1962, pp. 57 y ss).

De todas formas, si en principio parece asequible la caracterización del *acto mortis causa*, luego no lo resulta tanto al estudiar distintas figuras concretas, como, por ejemplo, las donaciones *mortis causa*. Tales dificultades se pueden apreciar en las obras anteriormente citadas, así como en aquéllas que tratan de determinar la extensión de los pactos sucesorios.

(3) Más detenidamente sobre los pactos sucesorios, *infra*, D).

Por su parte, el acto de última voluntad se caracteriza sobre todo porque, dirigiéndose a regular relaciones *mortis causa*, expresa la última voluntad del disponente con eficacia jurídica. Voluntad que se califica de última pues, al poder cambiarla el causante cuantas veces desee, se ha de suponer que la última declaración conservada expresaba su última voluntad, ya que en caso contrario lo habría manifestado mediante el otorgamiento de nuevas disposiciones (a diferencia de la institución contractual, en la que la voluntad quedó fijada irrevocablemente). No obstante, en realidad se trata de la «última» voluntad expresada en la forma y con los requisitos que el Derecho exige, de manera que no se puede pretender la ineficacia de las disposiciones del causante con el argumento, incluso demostrable, de que éste cambió de voluntad después del testamento y antes de su muerte. Tal prueba no es admisible, pues dicha voluntad, aun existente, no se ha manifestado por los medios formales a los que el Derecho reconoce relevancia y efectividad. Sólo en este sentido es en el que hay que entender que la voluntad es última (4).

Por tanto, podemos considerar que la calificación *mortis causa* se refiere al aspecto funcional del acto (va a dirigido a regular la continuidad de las relaciones del causante), mientras que la calificación como acto de última voluntad se refiere más limitadamente, dentro de los actos a causa de muerte, al modo en que la manifestación afecta a los terceros: es decir, el acto en principio se considera perfecto respecto del causante, pero *in itinere* respecto de los terceros, los cuales no pueden reclamar la producción de ningún efecto, ni siquiera preliminar, para proteger su débil expectativa (5). El acto de última voluntad por excelencia reconocido por nuestro Ordenamiento es el testamento.

Como contrapunto del acto *mortis causa*, las leyes y la doctrina suelen presentar el llamado acto *inter vivos*. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales, no parece posible llegar a una caracterización positiva de los mismos. Podría considerarse acto de esta clase aquél que se realiza entre sujetos vivientes en el momento de su perfección, vinculándose desde entonces irrevocablemente; no obstante la debilidad de esta conceptualización se manifiesta en que los llamados pactos sucesorios se realizan con efectos irrevocables entre sujetos vivientes, pero para que produzcan efectos después de la muerte del instituyente. Con lo que nos encontraríamos ante un acto que simultáneamente es *inter vivos* y *mortis causa*.

La doctrina más reciente pone de manifiesto la falta de homogeneidad de la contraposición, señalando que en el acto *inter vivos* la califi-

(4) ASÍ, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 51; JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 111 y ss., y «Teoría general del testamento», en *Estudios Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, pp. 435 y 436; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, 10.^a ed., Barcelona, 1989, p. 162.

(5) GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pp. 52 y 66 y ss.; JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 33 y ss.

cación se refiere al plano de los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto con relación a dichos sujetos; mientras que en el acto *mortis causa* la calificación se refiere al aspecto funcional del negocio: la regulación de las relaciones del causante que no pueden extinguirse tras su muerte (6). De ahí que cada vez más se tienda a considerar el acto *inter vivos* de un modo puramente negativo: aquél que no es acto de última voluntad. De manera que la contraposición más rigurosa desde el punto de vista lógico y sistemático sería, no la de actos *inter vivos-mortis causa*, sino la de actos *inter vivos*-actos de última voluntad (7); y, desde otro punto de vista, actos a causa de muerte-actos que no son a causa de muerte.

Enfrentándonos ahora a la dispensa de la colación, parece indudable que nos hallamos ante una disposición *mortis causa* (8), que tiene por objeto regular la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios, careciendo de sentido y efectos dicha dispensa si no es ante el problema de la distribución del patrimonio del causante a raíz de su fallecimiento. No se puede concebir la dispensa sino en función del vacío jurídico que produce la muerte de una persona, y del necesario reparto de su patrimonio entre los herederos legitimarios. De ahí que la dispensa no produzca ningún efecto preliminar antes de la muerte del *de cuius*, y que su eficacia dependa de la cualidad de heredero aceptante del dispensado (9).

En este sentido, la sentencia de 15 de junio de 1929 señala que la colación «concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia» (10).

(6) Así opinan GIAMPICCOLO, *cit.*, pp. 52 y 53; JORDANO BAREA, «Teoría general...», *cit.*, pp. 433.

(7) GIAMPICCOLO, *cit.*, Milano, 1954, p. 55. Sobre sus pasos, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, pp. 250 y 251; JORDANO BAREA, «Teoría general...», *cit.*, p. 435; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, 10.^a ed., Barcelona, 1989, pp. 161 y 162.

En realidad, la única contraposición lógica a *inter vivos* es *inter mortuos* (y perdón por la obviedad, pero a veces parece que se olvida).

(8) Conforme toda la doctrina que trata el problema de la dispensa: DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 277; FORCHIELLI, *cit.*, p. 247; VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, p. 114. Aunque, como siempre, no falta quien lo niega; así, TAMBURRINO, «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 771.

(9) BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, p. 84, configura la facultad de mejorar o de dispensar de colación como «un poder o facultad de ordenación patrimonial sucesoria —no como una facultad de disposición— y que, por tanto, actúa y despliega sus efectos en un momento estático, de organización del patrimonio del causante o, con mayor concreción, de ordenación de los actos dispositivos realizados por el causante en vida o en acto *mortis causa*».

(10) Se trataba de una donación hecha por un padre a su hija, que posteriormente entrega lo donado a su marido en calidad de dote. Fallecida la hija sin descendencia, el donante pretende que el yerno le devuelva lo donado en virtud del «derecho de colación».

B) EL ACTO EN QUE SE PUEDE INSERTAR LA DISPENSA

a) *La dispensa en testamento*

Como acabamos de ver, la dispensa de colación parece que hay considerarla dentro de los actos *mortis causa*. Ello se deriva de que tiene por objeto la distribución del patrimonio del causante para después de su muerte. En el Derecho civil común español sólo se reconoce eficacia de manera general a un acto de este tipo: el testamento (11). De ahí podríamos deducir entonces que la dispensa de colación sólo podría realizarse en testamento.

Por su parte, el art. 1036 del C.c. no es muy claro al respecto, y solamente señala que «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente». El precepto, pues, sólo se refiere a la dispensa realizada por el «donante». Parece, entonces, contemplar únicamente el supuesto de que la dispensa se otorgue en el acto de donación.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la dispensa es un acto que tiene por destino determinar el reparto de los bienes del causante entre los herederos forzosos —por tanto, *mortis causa*— nada parece impedir que el donante calle al respecto en el acto de donación, pero que dispense en testamento posterior. En este sentido, el art. 1038 señala que los nietos han de colacionar en la herencia del abuelo lo recibido de éste, «a menos que el *testador* hubiese dispuesto lo contrario».

Así pues, si la dispensa se contiene en el testamento, nos hallamos ante una disposición testamentaria como cualquier otra sujeta a las reglas y preceptos que regulan el testamento en nuestro Derecho (12).

b) *La dispensa simultánea a la donación*

El art. 1036 C.c. contempla como sujeto activo de la dispensa al «donante». Sin embargo, ello no implica necesariamente que pueda ser hecha la dispensa en la donación, pues bien puede referirse el precepto al «donante», pero como la persona que primero donó y ahora hace testamento. No obstante, parece más lógico que si el legislador hubiese

(11) Si bien hay casos especiales: así, la partición por el testador (art. 1056), o el nombramiento de un contador-partidor (art. 1057), que pueden no venir comprendidos en el testamento.

(12) Por el contrario, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 264 y 265 y nota 58, opina que «la dispensa cuando está contenida en el testamento, constituye un negocio autónomo respecto de las otras disposiciones de última voluntad»; le sigue TAMBURRINO, «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 777.

querido excluir la dispensa en el acto de donación habría empleado la expresión «testador» en vez de «donante».

Por otra parte, los antecedentes históricos del precepto son claros en el sentido de que la dispensa podía realizarse en el acto mismo de donación (13).

En tercer lugar, se puede defender la aplicación analógica del art. 825, que admite la mejora en el acto de donación.

Por último, la admisión de la dispensa simultáneamente al contrato de donación tiene un poderosa defensa en la economía negocial (14). Admitiéndose la posibilidad de realizar la dispensa en el acto de donación se evita que el donante-causante tenga que realizar con posterioridad un testamento cuyo único contenido sea tal vez la dispensa.

Admitida la dispensa simultánea a la donación, se plantea entonces el problema de la forma de aquélla. Parece claro que en este caso, por excepción, la dispensa seguirá la forma de la donación.

Normalmente, ello no planteará graves dificultades pues el Código civil también prescribe especiales formalidades para el contrato de donación. Así, en la donación de inmuebles —que será el caso más frecuente de donación dispensada— se exige el otorgamiento de escritura pública (art. 633 C.c.).

No obstante, más complejo es el caso de que la donación sea de un bien mueble, en cuyo caso se puede realizar manualmente, o bien en documento privado (art. 632 C.c.). En estos supuestos se plantea un conflicto entre la especial solemnidad que se exige a las disposiciones *mortis causa*, y la forma de estas donaciones, que no exigen tales formalidades, especialmente en la manual, pues la entrega acompaña a la voluntad de donar. Sin embargo, resulta que la dispensa no produce efectos desde luego, sino sólo para el momento de la apertura de la sucesión y la partición; con lo que la voluntad sucesoria quedará manifestada de modo especialmente inadecuado.

A pesar de ello, creemos que si el art. 1036 admite la dispensa en el acto de donación, habrá de admitirse su validez en la misma forma que la donación. Lo cual, por otra parte, plantea el problema de la dificultad de su prueba.

Además de las donaciones, el art. 1035 ordena traer también a colación lo recibido del causante por «otro título lucrativo»; entendemos, pues, que se ha de colacionar el valor de liberalidades que no son propiamente donaciones, como, por ejemplo, el depósito, mandato gratuito, o cualquiera otra prestación de servicios a título gratuito (siempre

(13) De todas formas, los antecedentes históricos a este respecto hay que valorarlos *cum grano salis*, porque la consideración que las Leyes de Toro hacían de las donaciones a legitimarios era completamente distinta a la del Código civil; sobre esto véase el capítulo I.

(14) Así lo indica también FORCHIELLI, *cit.*, p. 250.

que las mismas no constituyan liberalidades usuales o de costumbre, art. 1041) (15). En cuanto a la forma de su dispensa, también parece que pueden seguir la de la liberalidad principal.

Finalmente, en cuanto a las donaciones disimuladas —aparte de su validez o no— su dispensa habrá de realizarse en testamento posterior, pues si se hacen en el momento mismo de la donación el negocio dejaría de ser disimulado (16).

c) *La dispensa en acto posterior a la donación distinto del testamento*

Una buena parte de la doctrina admite sin especial justificación que la dispensa pueda realizarse después de la donación en un acto distinto del testamento, siempre que reúna las exigencias formales de la donación (17). Parece latir en esta opinión la idea de que, aceptada por el legislador la dispensa en el acto de donación, nada impide que se realice posteriormente con las formalidades de ésta.

Tal criterio es, sin embargo, sumamente discutible. En realidad, para tratar el tema no hay más remedio que remitirnos de nuevo a los principios generales sobre la disposición *mortis causa*, y a las razones por las que el art. 1036 acepta la dispensa simultáneamente a la donación. Principio general en nuestro Derecho sucesorio es que no hay más disposición *mortis causa* de contenido patrimonial que el testamento: para aceptar otro acto de este tipo es necesaria una excepción legal. En el caso de la dispensa, ya hemos señalado que el Código admite la dispensa en la donación por razones de pura economía nego-

(15) En esta línea, la sentencia de 3 de junio de 1965 señala que «la ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión “u otro título gratuito” (*sic*), pero en el concepto de “donación” habrá de comprenderse, tanto las que se llaman “propias” incluidas en el artículo 618 del Código Civil, como las “impropias” que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes»; considerando que se repite literalmente en la sentencia de 25 de mayo de 1992.

(16) MIGNOLI, «Se la dispensa dalla collazione debba essere espressa», *RTDPC*, III, 1948, p. 88.

(17) En este sentido, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed. por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 386; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, 5.^a ed., Madrid, 1978, p. 171; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, J.A., *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, p. 170; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, ed. 1988, Barcelona, p. 190; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 272; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 513 y 514; ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 41; ROMERO VIEITEZ, *La mejora*, Madrid, 1936, p. 116; VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 502.

Para el Derecho italiano FORCHIELLI, *cit.*, p. 271, admite la dispensa en acto posterior a la donación con plena libertad de forma.

cial: evitar que el causante haya de realizar con posterioridad a la donación un testamento cuyo único contenido sea la dispensa.

Ahora bien, si la dispensa no se dispuso en el acto de donación, el causante ha de realizar un nuevo acto para dispensar. Y en ese caso no se ve la razón por que la dispensa, siendo acto de última voluntad, se puede realizar en forma distinta a la testamentaria. Ha desaparecido el fundamento de economía negocial de la dispensa contenida en la donación, de manera que parece más coherente con los principios generales de nuestro Derecho hereditario que la dispensa ya sólo se puede contener en un testamento (18). En este sentido la ley 3, tít. XV, Part. 6 preveía la dispensa de la donación «quando gela daba, o en su testamento» (19).

C) RELACIONES ENTRE LA DISPENSA Y LA DONACION DISPENSADA

Una vez examinado el acto en el que se puede insertar la dispensa, prosiguiendo metódicamente, la siguiente cuestión que se plantea para determinar la naturaleza de la dispensa es la relación entre la dispensa y la donación (20). Estudiar este problema requiere plantearse las relaciones entre donación y colación, pues, como se ha dicho acertadamente, colación y dispensa no son más que el anverso y el reverso de la misma moneda (21). En principio, podría suponerse que son dos actos tan íntimamente unidos que las vicisitudes de la dispensa no pueden dejar de afectar a la donación, y viceversa. En realidad, la cuestión era planteable en estos términos en nuestro Derecho histórico (y todavía hoy en algunos Ordenamientos modernos, como el francés o el italiano), donde se admitía la colación *in natura*. Es decir, el sometido a colación debía traer a la masa hereditaria los mismos bienes donados, con lo cual era discutible si nos encontrábamos ante una donación revocable, o una donación sometida a una condición resolutoria, si sus

(18) También GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 181, fundándose en el art. 672.

(19) Por el contrario, el art. 919 del Código francés admite que la dispensa se realice en otro acto posterior, «con la forma de las disposiciones entre vivos o testamentarias». Por aquí puede haber venido la aceptación de nuestra doctrina de una figura que no tiene cabida en nuestro Ordenamiento.

(20) Nos referiremos fundamentalmente a la donación como caso típico de liberalidad que contempla el art. 1035. En cuanto a otras posibles liberalidades como objeto de dispensa, esta cuestión es más bien propia del objeto de colación.

(21) LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, § 309, p. 279.

efectos eran *ex tunc* o *ex nunc*, si la colación se producía automáticamente o más bien creaba una obligación en el donatario, etc. (22).

Sin embargo, el Código civil cambió radicalmente en este punto la configuración de la colación, regulando tan sólo la llamada colación por imputación. Aunque el art. 1035 señala que el colacionante «deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia», claramente dispone el art. 1045 que «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor», de manera que «El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido» (art. 1047). En este sentido, señalaba García Goyena comentando el art. 887 del Proyecto de 1851 que «Este artículo (equivalente al 1045) es el capital de la sección y contiene una novedad importante contraria a la opinion comun de los autores y a casi todos los Códigos» (23).

De esta forma, el Código ha eliminado de raíz todas las discusiones acerca de firmeza de la donación que ha de ser colacionada. De su regulación se deduce con claridad que donación y colación son cuestiones distintas, aunque relacionadas. El hecho de que el donatario haya de colacionar no supone en absoluto que haya adquirido una propiedad sometida a condición resolutoria (24) —cosa que se podría discutir a propósito de la colación en especie—, sino que el bien ha pasado irrevocablemente a su patrimonio, de manera que sus coherederos no tienen en absoluto ningún derecho sobre el bien donado que ya salió del patrimonio del causante. Por ello, lo donado no forma parte en sentido estricto del caudal relicto y no está sujeto a la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia (sentencia de 26 de junio de 1946). En el caso de que la donación colacionable haya defraudado los derechos de los acreedores, éstos disponen de las acciones de protección propias de todo acreedor frente a cualquier donación (especialmente la rescisión por fraude de acreedores). Y en el supuesto de que la donación perjudique la legítima de otros parientes, se producirá la reducción de la misma, pero no *iure collationis*, sino *iure inofficiositatis*.

Por tanto, la dispensa de colación es un negocio dotado de cierta autonomía frente a la liberalidad que tiene como finalidad esencial la composición y distribución del caudal partible entre los coherederos legitimarios del causante-donante una vez que se produzca su fallecimiento (negocio *mortis causa*). Por su parte, la donación es un contrato

(22) Trata ampliamente estos problemas desde el punto de vista del Derecho italiano, que todavía admite la colación *in natura*, FORCHIELLI, *cit.*, pp. 60 y ss.; para el Derecho francés, LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, París, 1967, §§ 359 y ss., pp. 326 y ss.

(23) *Cit.*, t. II, art. 887, p. 255. También establece la colación del valor el § 2055 BGB.

(24) Esto es lo que interpreta equivocadamente la sentencia, más tarde transcrita, de 21 de marzo de 1902. Por el contrario, la sentencia de 3 de junio de 1965 señala que «la colación no tiende a la impugnación del acto jurídico de transmisión de bienes a que afecta y el que, en principio y normalmente, respeta y tiene por firme».

inter vivos que supone una atribución patrimonial lucrativa como consecuencia de la intención liberal del que lo realiza (art. 1274 C.c.), y que produce plenamente desde luego todos sus efectos, los cuales no pueden ser libremente revocados.

En este sentido, queremos dejar claro que la colación no supone una limitación de la atribución patrimonial operada con la donación, ni la dispensa una liberalidad suplementaria a la donación misma, que la «refuerza» (25). Dispensa y colación sólo afectan a la composición del caudal partible entre los coherederos legitimarios, pero de ningún modo afectan a la donación ya realizada. Ciertamente, la colación tiene como presupuesto a la donación, pero sus efectos se producen *mortis causa* fruto de la condición de heredero aceptante del donatario; por ello, el donatario puede evitar la colación si renuncia a la herencia.

Que donación y dispensa son dos negocios distintos se muestra en el hecho de que requieren un consentimiento propio para cada acto por parte del donante-causante, aunque vayan insertos en el mismo documento. La dispensa no es, como se ha dicho (26), un elemento accidental de la donación como lo sería su carácter modal, pues entonces no se podría entender cómo después de la donación puede el causante dispensar (en el testamento), modificando así la donación previamente realizada, y sin el consentimiento del donatario. De ahí se deduce que, aunque la dispensa fuera un contrato, la aceptación de la sola donación y la renuncia a la dispensa perfeccionaría suficientemente tal donación, pues la dispensa es en sí misma un acto distinto.

Por tanto, la colación no sujeta el bien donado a condición alguna (la cosa ya no es objeto de derecho real o personal alguno), sino que obliga al donatario, en caso de que llegue a aceptar la herencia a título de heredero, a incluir contablemente el valor de la donación entre la masa partible con los herederos legitimarios.

En nuestro Derecho, al menos, la donación es irrevocable en principio, y su objeto pasa definitivamente al patrimonio del donatario, no siendo ya parte del caudal divisible entre los herederos. Lo que sucede es que la colación obliga al gratificado a traer contablemente a la masa un valor que se determina por relación a la donación, y que tiene como presupuesto la donación misma. Pero ésta, en cuanto tal, resulta intangible.

(25) Doctrina bastante común: así, TAMBURRINO. «Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione», en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 765, 766 y 768; FORCHIELLI, *cit.*, p. 248. En Francia, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, VIII, Bruxelles, 1861, n. 226, p. 313; TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 895, p. 863.

Por otra parte, no discutimos ahora que la dispensa sea una liberalidad, sino que sea suplementaria a la donación.

(26) TAMBURRINO, *cit.*, p. 769.

En todo caso, desde un punto de vista meramente económico, podríamos decir que la colación disminuye los efectos de la liberalidad, pero esto no es admisible desde un punto de vista técnico; la donación no está ya técnicamente ligada a la dispensa (la dispensa, en cambio, sí está ligada a la donación, como veremos enseguida).

En definitiva, a nuestro entender, hay que distinguir la donación y la dispensa como actos de naturaleza y finalidad distintas, aunque puedan ser simultáneos y contenidos en un mismo documento. Por ello, ni siquiera en el caso de que la dispensa se decida en el acto de la donación se altera la caracterización de aquélla; no se trata de que la dispensa dispuesta simultáneamente a la donación cambie su naturaleza, sino simplemente de que el Código, por un principio de economía negocial, admite que la dispensa —que en principio, como acto *mortis causa*, sólo podría acordarse en testamento— se pueda realizar a la par que la donación.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la donación y la dispensa sean negocios completamente independientes. Ciertamente, en nuestra opinión, donación y dispensa son actos con naturaleza distinta; pero también es claro que existe cierta conexión jurídica entre los mismos (27)

En realidad, parece que cuando hablamos de donación dispensada nos encontramos ante un supuesto de negocios coligados o conexos, con un ligamen de los se llaman unilaterales (28), pues se da en una sola dirección: la dispensa está ligada a la donación, pero no la donación a la dispensa. De ahí que la donación quede incólume, sea dispensada o no, mientras que la dispensa sí puede quedar afectada por las vicisitudes de la donación.

Quiere esto decir que la donación es plenamente válida y eficaz cualquiera que sea lo que se haya dispuesto respecto de la dispensa, de manera que la validez o invalidez de ésta no puede afectar a aquélla. Por el contrario, la dispensa es un negocio íntimamente ligado a la donación porque ésta es un presupuesto de aquella. No se puede concebir la dispensa si no hay donación a la que dispensar. De manera que si la donación es nula, o resulta revocada, la dispensa aun cuando fuere válida será ineficaz. Por tanto, en este sentido podemos considerar a la dispensa como un negocio accesorio respecto de la donación. La invalidez de la dispensa no afecta a la de la donación, pero la invalidez de la donación lleva consigo la ineficacia de la dispensa.

Así, se pueden plantear diversos supuestos en que dispensada una donación, dicha dispensa quede luego sin efectividad: por ejemplo,

(27) En cambio, para FORCHIELLI, *cit.*, p. 264, «entre dispensa y donación no media ningún auténtico nexo funcional».

(28) SCOGNAMIGLIO, *Enciclopedia del diritto*, voz «Collegamento negoziale», t. VII, 1960, p. 377.

que el dispensado no sea nombrado luego heredero (o se revoque el testamento en que aparecía nombrado como tal); que en el momento de la apertura de la sucesión no haya más legitimario que el donatario; desheredación; renuncia a la sucesión por el donatario legitimario; también el caso de que se dispense de colación a un ascendiente y luego el donante tenga hijos; etc. No se trata en estos casos de que la dispensa sea nula, sino que será ineficaz por faltar los presupuestos de los que depende la aplicación o exclusión de las normas sobre la colación. Pues bien, en todos estos casos, la ineficacia de la dispensa no afectará para nada a la validez y efectividad de la donación.

Además, el régimen de validez y nulidad de una y otra disposición ha de ser necesariamente distinto. La donación se regirá por sus normas generales de invalidez de los contratos, y la dispensa, como disposición *mortis causa* de última voluntad, por la del testamento. Así, por ejemplo, si la declaración de voluntad del donante que dispensa está viciada (art. 1265 C.c.), la donación será anulable en un plazo de cuatro años (art. 1301), mientras que el vicio de la dispensa habrá de valorarse conforme a los vicios de la voluntad testamentaria (arts. 673 y 767), que parecen imponer una nulidad absoluta. De hecho, la donación se puede impugnar durante la vida del donante, mientras que la dispensa, al ser acto de última voluntad, sólo podrá ser impugnada una vez que haya fallecido el causante, pues el beneficiario de la dispensa tiene una mera expectativa en tanto posible heredero, muy distinta del derecho inmediatamente adquirido en cuanto donatario.

Igualmente, la donación y la dispensa de colación tienen regímenes de capacidad distintos. Para hacer una donación de cierta cuantía, el menor de edad necesita la representación o asistencia de los padres (art. 162 C.c.), y éstos, a su vez, necesitarán autorización judicial (art. 166). Sin embargo, la declaración de dispensa no puede ser hecha por los padres de ningún modo pues la testamentifacción es una facultad personalísima, que no admite representación (art. 670); además, en el caso de que el hijo tenga más de 14 años podrá dispensar por sí mismo, pues esa es la edad a partir de la cual se puede testar (art. 663). La situación —de laboratorio— podría darse en el supuesto de matrimonio de dos menores de edad (art. 324), que desean donar al hijo recién nacido con dispensa de colación; en ese caso, la donación necesitaría la asistencia de sus padres, pero la dispensa no (29).

En el caso de que la donación sea válida y la dispensa, por cualquier causa, no, se plantea el problema de la determinación de los efec-

(29) Lo mismo sucedería en el hipotético —e inverosímil— caso de que una sentencia de incapacitación entredijera la facultad de testar, pero no la de contratar (arts. 210 y 665 C.c.).

tos de esa nulidad. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, parece claro que la donación seguirá conservando todo su valor y eficacia, pues la dispensa está subordinada a la donación, pero no viceversa (30).

D) REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DE LA DISPENSA

a) *En general*

Una vez establecida la naturaleza *mortis causa* del acto de dispensa y sus relaciones con la donación dispensada, el siguiente problema que se plantea en torno a su caracterización es determinar si nos encontramos ante un acto de última voluntad o no. Tratando de evitar en la medida de lo posible el método de inversión, vamos a analizar si la dispensa es un acto revocable o no, pues ésta parece ser una de las características definitorias del acto de última voluntad; a partir de ahí podremos ir estableciendo el resto de los caracteres del acto de dispensa.

La doctrina considera de modo unánime que si la dispensa se realiza en testamento, aquélla es perfectamente revocable como cualquier otra declaración testamentaria. El problema se plantea si la dispensa se realiza simultáneamente a la donación.

Existen al respecto distintas posiciones que vamos a tratar de sistematizar:

* la mayoría de los autores se manifiestan a favor de la revocabilidad absoluta de la dispensa, sea cual sea el acto en el que se haya insertado: donación o testamento (31). Se señalan como argumentos en pro de ello, que:

(30) Desde un punto de vista meramente escolástico —escolástico porque los efectos están claros cualquiera que sea la clasificación—, podríamos plantearnos ¿Es éste un caso de nulidad parcial del negocio? La cuestión es dudosa, máxime si tenemos en cuenta que la expresión «nulidad parcial» se utiliza en distintos sentidos. Parece, no obstante, que al ser donación y dispensa dos negocios de naturaleza distinta, que requieren un consentimiento independiente, no nos encontramos en sentido estricto ante una nulidad parcial: la dispensa no es un elemento accidental de la donación, sino un negocio distinto.

Para el supuesto de que el consentimiento recayera, no sobre la donación y la dispensa, sino sobre la «donación con dispensa», véase lo que se dice a continuación a propósito de la dispensa irrevocable.

(31) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 117; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1, 9.^a ed., por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 386; MANRESA, *Código civil español*, t. VII, 4.^a ed., Madrid, 1914, p. 603; SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2439; URIARTE, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil», *RCDI*, V, 1929, p. 333.

— por una parte, la irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio (32). Además, en el mismo sentido, se señala como argumento de analogía que si la mejora es en general revocable (art. 827), también ha de serlo la dispensa de colación (33);

— por otra, «no parece que sea lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir al donatario —mientras no le prive de su legítima—, la cuota de su institución, logrando con ello el mismo resultado» (34).

* otro sector opina que si la dispensa se realiza en el acto de donación, ésta es irrevocable, de manera que luego no puede ordenarse en el testamento que se colacione la liberalidad (35). Como razón de ello se alega que:

— éste era el criterio del Derecho histórico español anterior al Código civil (36).

— el donatario aceptante normalmente quiso la donación dispensada como un todo, es decir, donación con dispensa, con lo que no puede luego una de las partes revocar parcialmente el acto.

— aunque se trate de un pacto sucesorio, sería ésta una excepción a la prohibición general del art. 1271 C.c. (37): «se trata de un pacto sucesorio con igual fundamento que los demás, la familia, concretada en este caso a los legitimarios, en aras a la cual se sacrifica la libertad de testar, ya que en homenaje a ella, fundamentalmente, se confiere» (38).

* un tercer grupo manifiesta un criterio intermedio. Según esta opinión, «Como la dispensa es un mecanismo de regulación del fenómeno sucesorio, se puede entender que el donante conserva plena libertad para regular su sucesión de la manera que estime conveniente y

(32) ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1989, p. 42.

(33) DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 386.

(34) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, p. 784; también en *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 503. El mismo argumento esgrimen ROCA JUAN, *op. et. loc. cit.*; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, 4.^a ed., Barcelona, 1991, p. 514; MONTÉS PENADÉS y otros, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, p. 623.

(35) ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, p. 413, nota 1.

(36) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 182; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 274.

(37) GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, p. 132; ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, p. 355 (sin embargo, este mismo autor cambia de opinión en las *Notas al Tratado de Derecho civil*, V, 1, de Enneccerus-Kipp-Wolff, Barcelona, 1951, p. 212); SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI, 1, 2.^a ed., Madrid, 1910, p. 109.

(38) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 182.

que, por tanto, puede revocar libremente *a posteriori* aquella dispensa. Pero se puede argüir que la dispensa formó parte del negocio lucrativo y que éste fue aceptado por el donatario como un conjunto global, por lo cual la revocación de la dispensa significa una sustancial alteración de la base de aquel negocio. Se acepta la donación porque subsistía la expectativa del beneficio hereditario (se recibirá más). De esta suerte, si se admite la revocación de la dispensa parece que habrá que admitir la renuncia por el donatario a la donación» (39).

En cuanto a la jurisprudencia, la sentencia de 21 de marzo de 1902 se mostró favorable a la irrevocabilidad de la dispensa contenida en el contrato de donación. Señala que «si bien en la cláusula 12.^a del testamento impuso Doña Dolores Jiménez á sus hijos y nieta la obligación de colacionar lo que por dote ó donación hubieran recibido de la testadora ó de su difunto esposo, ... había ya anteriormente manifestado la testadora, al donar en 2 de octubre de 1891 á su hija Doña Francisca una casa sita en San Pedro de Cascante —á la que se refieren las particiones—, que la donación era pura é irrevocable, para que la donataria pudiera disponer sin restricción ni obligación de colacionar; y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de la colación por la misma testadora, que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuese inoficiosa, como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto á tal excepción» (40).

Por su parte, la sentencia de 13 de marzo de 1989 mantuvo el criterio contrario. La testadora donó unas fincas a dos de sus hijas con dispensa expresa de colación; sin embargo, en el testamento dispuso que tales donaciones se imputaran primero a la legítima estricta de las donatarias. Impugnada esta cláusula testamentaria, el Tribunal Supremo rechaza el recurso (si bien con un razonamiento auténticamente ininteligible).

Para dilucidar esta cuestión es ineludible hacer una breve referencia al origen y sentido actual que tiene la prohibición de los contratos sucesorios. El problema de la extensión y límites de estos pactos es un tema que ha sido objeto de escasa atención doctrinal en España, a diferencia de lo que sucede en otros países, especialmente Francia.

(39) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 548.

(40) También se indica por algunos autores como reveladora de este criterio la sentencia de 15 de junio de 1929. Sin embargo, en el caso lo que se discutía era la revocabilidad de una donación colacionable antes de la muerte del causante, y debido a que la donataria falleció sin descendencia: ante ello, lógicamente, el Tribunal Supremo señala que la donación no es un acto libremente revocable.

Suele señalarse como razón justificadora de esta prohibición en los códigos latinos del siglo pasado, el llamado *votum captandae mortis*, es decir, el temor de que el instituido contractualmente pueda desear la muerte del instituyente para así heredarlo antes. Una segunda justificación que se alega es que los codificadores deseaban seguir fielmente el principio romano de que la voluntad testamentaria es mudable hasta la muerte: *voluntas ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum*.

Sin embargo, parece que la razón que influyó más decisivamente en la prohibición de los pactos sucesorios fue el deseo de acabar con los viejos resabios de la sociedad señorial. El modo más usual por el cual se perpetuaban los feudos y mayorazgos era normalmente el pacto sucesorio en contrato de matrimonio por el que se nombraba irrevocablemente al primogénito como único sucesor y continuador de la estirpe familiar (41). Correlativamente, eran frecuentes los pactos por los que las hijas, al contraer matrimonio y recibir su dote, renunciaban a la parte que por ley les pudiera corresponder en la herencia paterna (42). Eran éstos los mecanismos empleados para el mantenimiento de la nobleza y del sistema feudal.

Cuando advino la Revolución francesa, uno de sus postulados ideológicos básicos era la igualdad absoluta entre los ciudadanos, y la desaparición de los estamentos medievales. Y un medio que se consi-

(41) Para el Derecho francés, véase OURLIAC y DE MALAFOSSE, *Histoire de droit privé*, t. III, París, 1968, pp. 508 y ss. y 401 y ss.; GRENIER, *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites, suivant les principes du Code civil*, t. I, 3.^a ed., Clermont-Ferrand, 1826, pp. 80 y ss., especialmente la p. 84; DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XI, Bruxelles, 1867, § 271, p. 326; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 8.^a ed., París, 1921, § 3161, p. 826; DONNIER, «Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux», *R.Tr.D.C.*, t. LIX, 1956, p. 628; TERRÉ-LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, § 605, p. 588; MALURIE, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1989, § 563, p. 277.

La misma situación se daba también en la Italia medieval. *Cfr.*, STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, t. VI, Torino, 1934, pp. 96 y 97, y NANI, *Storia del diritto privato italiano*, ed. a cura de Ruffini, Torino, 1902, pp. 592 y ss.

(42) Decía CHABOT en su Comunicación oficial al Tribunalado que «la totalidad de las sucesiones correspondía a los varones; la dote menor, un simple ramo de rosas componía la legítima de las hijas» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, reimpr. de la ed. 1827, Osnabrück, 1968, p. 181). Véase sobre esta cuestión, OURLIAC y DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. III, París, 1968, pp. 489 y ss.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 8.^a ed., París, 1921, § 1014, p. 340; MALURIE, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1989, § 563, p. 277.

Los mismo sucedía en la Italia precodicial, donde el juramento por el que la dotada renunciaba a sus derechos legítimos se llamó cautela de Maranta; BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, p. 134, y 60 y 61; LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, 1.^a parte, Milano, 1960, pp. 215 y 216; NANI, *Storia del diritto privato italiano*, ed. a cura de Ruffini, Torino, 1902, pp. 547 y 548.

deró estratégico para conseguirlo fue imponer una amplia cuota legítima y la división igualitaria del caudal entre los herederos forzosos. Al tiempo, la legislación revolucionaria, y luego el Código civil francés (art. 1130), rechazaron los pactos sucesorios pues éstos eran el medio habitualmente utilizado por la nobleza para perpetuar su nombre y su patrimonio. Así, el tribuno Mouricault, en la discusión parlamentaria, defendía el art. 1130 del *Code* (equivalente a nuestro art. 1271) señalando que «Es una prohibición justa, porque sin ella uno de los principales objetivos de nuestra legislación actual sería fácilmente eludido; la mayor parte de las convenciones sobre las sucesiones futuras tienen por finalidad ir contra la igualdad de las particiones» (43).

En España, durante toda la Edad Moderna, también fueron de frecuentísima aplicación los pactos sucesorios para favorecer la vinculación y la acumulación de bienes. Ante esta situación, el rechazo revolucionario francés por tales pactos fue también recogido en el Proyecto de 1851, y luego por el Código civil de 1889 (44). Así, el art. 1271.2 establece que «Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056». Aunque la norma se centre sobre todo en la aprobación de la división que admite el art. 1056 —que no es en sentido estricto un pacto sucesorio—, parece claro que su sentido fundamental es seguir prohibiendo todo pacto sucesorio, salvo el que esté excepcionalmente admitido (45).

Ahora bien, no señala la ley en qué consiste propiamente un pacto sucesorio, y determinarlo se convierte hoy día en cuestión especialmente acuciante porque ha desaparecido la *occassio legis* que dio lugar

(43) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, reimpr. de la ed. 1827. Osnabrück, 1968. Con la misma finalidad el art. 791 prohibió la renuncia anticipada a una sucesión, y el art. 1600 la venta de una herencia futura. Pueden verse continuas referencias al problema de los pactos sucesorios y su relación con la primogenitura en las intervenciones en la discusión parlamentaria de la parte de Sucesiones del Código civil francés: FENET, t. XII, especialmente las palabras de Chabot de l'Allier, pp. 181 y ss.

Respondiendo al mismo problema, establecía la disposición transitoria 22 del Código italiano de 1865 que «las disposiciones del nuevo Código contenidas en el título de las sucesiones, son también aplicables a las hembras ya dotadas o casadas y a sus descendientes, y no tendrán efecto las renunciaciones que hubieran hecho en el acto dotal o de otro modo, de conformidad con las leyes anteriores, tanto si éstas excluyen a las hembras de la sucesión, cuanto si las admiten con los varones».

(44) Sobre esto, *vid.* el capítulo primero.

(45) Conforme, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 183: «el art. 1271 se dirige conocidamente (y ello se ve claro en su equivalente, art. 1284 del proyecto 1882-88) a prohibir los pactos sucesorios y no a permitirlos».

a su aparición, de manera que no hay más remedio que configurarlo de un modo puramente objetivo, sin tener en cuenta las razones que motivaron su surgimiento.

Esta determinación no es nada sencilla, pues existen casos en que la calificación aparece especialmente difícil, debido a que, como se ha dicho acertadamente, el concepto de *acto mortis causa* es en muchos supuestos «impreciso y huidizo» (46). Recogiendo las aportaciones de la doctrina que ha estudiado el tema más detenidamente podemos señalar como requisitos característicos de los llamados pactos institutivos:

— en primer lugar, que exista un pacto de carácter irrevocable, en el que sea parte el futuro causante; o bien, simplemente, una declaración unilateral irrevocable (47).

— en segundo lugar, que el objeto del pacto o declaración sea una sucesión aún no abierta.

— en tercer lugar, que la adquisición del derecho sobre el que recaiga el pacto o declaración se produzca por obra de la sucesión hereditaria.

Visto lo anterior, volvemos a plantearnos ¿Cabe incluir la dispensa de colación irrevocable dentro de los pactos prohibidos por recaer sobre la sucesión futura?

— Comenzaremos por analizar si la dispensa es una disposición que recae sobre una sucesión no abierta y si supone la adquisición de algún derecho *iure successionis*.

Cierto sector doctrinal opina que la dispensa irrevocable no es propiamente un pacto sucesorio, y, por lo tanto, no cae bajo el efecto de la prohibición. Según esta posición, el bien donado objeto de dispensa ha salido ya irrevocablemente del patrimonio del donante-causante, y por tanto el objeto de la convención no es parte de la sucesión (48); la dispensa no vincula para nada la regulación y destino de los bienes del *de cuius* para después de su muerte. En este sentido, se señala por la doctrina francesa que «tal convención no hace nacer ningún derecho en beneficio del gratificado. Con toda evidencia, no se trata, retomando la célebre fórmula de la Corte de Casación, de una “estipulación que tiene por objeto atribuir un derecho privativo sobre todo o parte de una

(46) DE GIORGI, María Vita, voz «Patto successorio», en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXII, Milano, 1982, p. 536.

(47) Sobre la consideración de la declaración unilateral irrevocable como supuesto englobado en la prohibición, TERRÉ-LEQUETTE, *cit.*, n. 611, p. 593.

(48) LEUCK, *cit.*, p. 299; LUCAS, «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif», *RTDC*, LXXIV, 1976, pp. 470 y 471.

LACRUZ, *cit.*, p. 408, rechaza que la dispensa regulada en el art. 1036 se incluya entre los pactos sucesorios, pero no está claro si es porque considera a la dispensa siempre revocable o porque su irrevocabilidad no cae bajo la prohibición del art. 1271 (esta última parece la opinión más probable).

sucesión no abierta” pues la transferencia de la propiedad resulta del acto entre vivos. Incluso ampliando esta definición para considerar toda convención atributiva de un derecho eventual en una sucesión futura, no se ve en qué consistiría el derecho conferido al gratificado. Los copartícipes tendrían ciertamente el derecho de exigir la colación a la apertura de la sucesión, pero, *vis a vis* con el donatario, el único efecto de la convención creadora de la colación es poner a su cargo una obligación para el caso en que viniese a la sucesión. Y no ha sido jamás sostenido que la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura impedía al *de cuius* presunto hacer nacer un crédito en beneficio de la sucesión» (49).

Vamos a tratar de analizar por partes la opinión expuesta. Evidentemente, en el caso de donación dispensada hay un aspecto de contrato entre vivos que no tiene nada de sucesorio: el bien donado ha salido ya irrevocablemente del patrimonio del donante y no pertenece en absoluto al caudal relicto. Por otra parte, al considerarse el caso típico de contrato sucesorio aquél en que el causante instituye irrevocablemente a una persona como heredero, la dispensa no sería un pacto de ese tipo pues el dispensado puede luego ser nombrado o no heredero en el testamento.

Ahora bien, que la colación tiene un aspecto sucesorio se desprende con claridad del simple hecho de que no es lo mismo una donación colacionable o dispensada. Este último atributo de colacionable o dispensada es lo que atañe al Derecho sucesorio. Y cuando se dice que la colación no plantea una cuestión sucesoria porque si el donatario renuncia a la sucesión no ha colacionar nada, el argumento lleva en sí mismo su contradicción. El donatario no ha de colacionar si rechaza la sucesión porque se trata de una cuestión sucesoria; nada más lógico.

En el fondo, la confusión de la doctrina que opina que un pacto colaticio no es un pacto sucesorio radica en considerar que el objeto del pacto de dispensa es el bien donado, y esto es, a nuestro juicio, erróneo. El verdadero objeto del acuerdo (o disposición unilateral, lo mismo da a estos efectos) no es el bien en sí mismo considerado, sino la composición del caudal partible entre los coherederos legitimarios una vez que haya fallecido el donante.

Para profundizar en el problema no hay más remedio que volver a aludir al desenvolvimiento de la colación desde un punto de vista funcional. Si el donante ordena la colación o calla sobre ella ¿se ha de restituir el mismo bien donado, o se ha de imputar sólo su valor, o bien surge además una obligación en el colacionante y un correlativo crédito en los coherederos legitimarios?

(49) LUCAS, «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif», *RTDC*, LXXIV, 1976, pp. 470 y 471.

En nuestra opinión las cosas suceden del siguiente modo: en principio, toda liberalidad *inter vivos* realizada por el causante a un legitimario habría de quedar totalmente desvinculada del problema de su sucesión hereditaria, con lo que el donante no podría regular nada sobre ella para el momento de la partición. Sin embargo, merced a la estrecha relación que tienen las donaciones con la distribución *mortis causa* del patrimonio del causante (50), el Ordenamiento impone el efecto exorbitante de que el valor de toda liberalidad *inter vivos* hecha a un legitimario heredero ha de repartirse contablemente con sus colegitimarios coherederos; la ley, pues, aumenta la masa repartible entre los coherederos legitimarios añadiendo el valor de lo donado (arts. 1035, 1045 y 1047), así como el de los frutos que la cosa produzca desde la apertura de la sucesión (art. 1049).

Pues bien, frente a este claro régimen legal, el art. 1036 admite que el causante pueda dispensar de la colación; o sea, que el valor de dicha liberalidad no se reparta entre los legitimarios. En ese caso, parece indudable que el testador dispone sobre la composición del caudal repartible entre sus coherederos legitimarios; es decir, está regulando una sucesión no abierta y otorgando un derecho (el de no colacionar) que se adquiere *iure successionis*.

— Conforme al esquema expuesto, la segunda cuestión a examinar es si la dispensa de colación irrevocable (aceptada por el dispensado) es propiamente un pacto. A simple vista esto no ofrece dificultad alguna; el causante se obliga irrevocablemente a no modificar la distribución del valor de lo donado para el momento de la apertura de la sucesión.

Frente a este razonamiento se ha dicho que la dispensa no puede ser considerada nunca un pacto pues el causante siempre tiene la facultad de modificar posteriormente sus disposiciones testamentarias de manera que la dispensa de colación quede sin efecto práctico alguno; o sea, instituyendo al donatario en una cuota inferior que al resto de los colegitimarios. Este argumento no nos parece convincente.

En primer lugar, creemos que, a pesar de esa posibilidad de reducir la cuota del donatario, la voluntad del causante queda en algún modo vinculada, pues ya no podrá mantener el testamento anteriormente establecido para conseguir el mismo efecto, sino que habrá de modificar sus disposiciones testamentarias.

En segundo lugar, en el supuesto de que el causante haya dispuesto en vida de la mayor parte de sus bienes en favor de sus hijos, si la declaración es irrevocable no podrá ya «neutralizar» el efecto de una do-

(50) Sobre esta cuestión ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *cit.*, p. 233, y HÉBRAUD, «Des contrats passés entre un futur "de cujus" et son héritier présomptif», en *Mélanges offerts à R. Savatier*, París, 1965, pp. 341 y ss.

nación de gran valor, pues no habrá bienes suficientes en el caudal relicto para compensar mediante el testamento a los colegitimarios del beneficiado *inter vivos* (51).

Por otra parte, siendo el efecto natural de la dispensa la imputación al tercio libre (52), si se considerara la dispensa un acto irrevocable, parece que el causante se comprometería a atribuir la liberalidad a la parte libre, de manera que luego habría de realizar otras atribuciones gratuitas para llenar la cuota legitimaria del dispensado. Es decir, lo que no puede hacer el causante es prometer irrevocablemente una desigualación en favor del legitimario con cargo al tercio libre, y luego disponer en testamento de manera que haya de imputarse la liberalidad a la cuota legítima. El caso sería similar a la mejora irrevocable (art. 827), en cuyo caso lo donado con ese carácter ya no puede destinarse a satisfacer la legítima estricta del mejorado.

Finalmente, aun cuando la dispensa irrevocable no fuera propiamente un pacto, en el sentido de vincular la voluntad de dos partes, estaría igualmente prohibida por el Ordenamiento, pues la voluntad del causante es siempre mudable hasta la muerte, aunque éste se haya comprometido a lo contrario. En este sentido, señala el art. 737 C.c. que «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». De manera que si el causante dispensa irrevocablemente se está privando de una facultad *mortis causa* que la ley le ha concedido hasta el momento de su muerte (*voluntas ambulatorias est usque ad vitae supremum exitum*), por lo que irremisiblemente tendríamos que considerar tal acuerdo irrevocable como pacto sucesorio prohibido por el art. 1271 (53).

Asimismo, la posible aceptación de la dispensa por el donatario sería irrelevante, pues conforme al art. 991 «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y su derecho a la herencia» (*viventi nulla est hereditas*). Exigencia también conectada con la prohibición de los pactos sucesorios (54).

(51) Pensemos en el siguiente caso: un padre va regalando sus bienes a sus hijos, conforme éstos se van independizando, estableciendo la dispensa de colación para cada uno de las liberalidades, al objeto de evitar posteriores disputas entre los hermanos. Cuando se casa el último hijo, la cuantía de los bienes que conserva el padre es mínima con relación al caudal computable. Sin embargo, más tarde, se produce una alteración sustancial del valor de uno de los bienes donados que beneficia extraordinariamente al donatario respecto de sus hermanos. Ante esta situación, el causante no puede evitar el beneficio del hijo mediante el testamento, sino tan sólo atenuarlo, pues la masa relicta será muy escasa. En tal caso, si admitimos que la dispensa es revocable, el causante podría revocar todas sus dispensas anteriormente concedidas para mantener la igualdad entre los hermanos. En cambio, si la dispensa fuera irrevocable, no podría conseguir este efecto.

(52) Según hemos visto en el capítulo II.

(53) Por las mismas razones sería ineficaz el acuerdo irrevocable de colacionar.

(54) GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, vol. I, Madrid, 1989, art. 991, p. 89; LACRUZ, *cit.*, pp. 404 y 405, nota 1.

Aparte de estas consideraciones de orden general acerca del carácter de pacto sucesorio de la dispensa de colación aceptada, hay otra poderosa razón para considerar dicho acuerdo como prohibido. El art. 827 C.c. señala que «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero». El supuesto contemplado en este artículo guarda cierta semejanza con la dispensa de colación. También en el caso de donación con calificación de mejora hay un bien que ha salido irrevocablemente del patrimonio del causante, y respecto del cual ya no podrá lógicamente disponer en el testamento. Ahora bien, lo que sí puede en un testamento posterior es cambiar la imputación realizada respecto del valor del bien donado. De manera que puede decidir después el donante-causante que la donación en concepto de mejora se impute a la legítima estricta del donatario (sentencia de 4 de julio de 1908).

Y la razón de esta posibilidad de alteración de la imputación de la liberalidad parece que se debe precisamente a que la mejora irrevocable se habría de calificar como pacto sobre la sucesión futura. Pacto que no alcanzaría al *quantum* global de la masa hereditaria, pero sí a la distribución de la masa repartible entre los coherederos legitimarios y al *quantum* de la cuota de cada cual.

Por su parte, la dispensa supone en principio imputación al tercio libre, como ya hemos visto. De manera que, efectivamente, si la dispensa de colación fuera irrevocable, supondría una vinculación del causante en cuanto a la distribución de su herencia en virtud de una donación *inter vivos*.

Añádase a ello que, como ya dijimos anteriormente, bajo la vigencia de las Leyes de Toro la contraposición legal y doctrinal no era colación o dispensa, sino colación o mejora. En este sentido, el art. 657 del Proyecto de 1851 (equivalente al actual 825) imponía en el caso de donación con calificación de mejora que «para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas». Lo cual pone nuevamente de manifiesto la semejanza entre donación con calificación de mejora y la dispensa de colación.

En definitiva, creemos que la dispensa de colación es un acto que el art. 1036 admite que se realice simultáneamente a la donación por un principio de economía negocial, que evita que el donante tenga que hacer un nuevo testamento cuyo contenido sea únicamente quizás la dispensa. Ahora bien, esto es un supuesto excepcional en nuestro Derecho que sólo admite de forma general como negocio *mortis causa* el testamento. Y lo único que aparece más o menos claro en el art. 1036 C.c. es la excepcionalidad del acto en que se puede insertar la declaración *mortis causa* que constituye la dispensa (la donación, y no necesariamente el testamento). Pero en ningún lugar aparece que esa excepcionalidad se extienda al carácter de contrato sucesorio que tendría la dispensa irrevocable.

El criterio general del Código, sentado en el art. 1271, es rechazar todo pacto sucesorio salvo los expresamente admitidos. Y al ser el objeto de la dispensa de colación una cuestión sucesoria, hay que entender que su irrevocabilidad incurriría en la prohibición de los pactos sucesorios, por el hecho de referirse a una sucesión no abierta y adquirirse la ventaja patrimonial *iure successionis*.

Frente a ello, alegar que si el legislador hubiera querido excluir este pacto sucesorio, lo habría señalado expresamente (55), es jugar con el razonamiento *a contrario*, que como es sabido, ofrece escasa seguridad. Probablemente, al menos en Derecho español, la cuestión no está regulada porque el legislador no se la planteó. Y si una concreta cuestión no está regulada, el criterio interpretativo general es acudir a los principios básicos que inspiran la institución; y éstos son, en nuestro Derecho sucesorio común, que no se admiten los pactos sucesorios, y que el testamento (único acto *mortis causa* que se regula de forma general) es siempre revocable. Por tanto, siendo la dispensa una decisión con efectos para después de la muerte, y a causa exclusiva de la muerte, hay que considerarla siempre revocable.

b) *Revocabilidad de la dispensa acordada en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*

No obstante lo señalado hasta aquí, es discutible si se puede dispensar de colación irrevocablemente en ciertos supuestos excepcionales.

El art. 827 C.c. admite la mejora irrevocable en el caso de que se haga en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero (56). Se puede plantear entonces si por analogía con esta disposición es posible en capitulaciones matrimoniales hacer una donación y dispensar irrevocablemente su colación (57).

Si atendemos a los antecedentes históricos, observamos que la ley XVII de las de Toro se refería expresamente tan sólo a la mejora irrevocable del tercio sin aludir al llamado quinto de libre disposición. Sin

(55) Así, FORCHIELLI, *cit.*, p. 257.

(56) En cuanto a la configuración de este pacto, su fundamento y casos de irrevocabilidad, *vid.*, BLASCO GASCÓ, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, pp. 87 y ss.

(57) Así lo admiten, sin más justificación, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 858; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI, I, 9.^a ed., por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, p. 386; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, p. 405; DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 273; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, V, III, Madrid, 1965, p. 260; SARMIENTO RAMOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1036, p. 2439; VALLET, *cit.*, p. 503.

embargo, la doctrina en general admitió que la disposición irrevocable abarcara tanto al tercio de mejora como al quinto libre (58). Ahora bien, los comentaristas de las leyes de Toro admitieron que se vinculara el tercio y quinto porque toda su reglamentación estaba pensada para mantener en lo posible los derechos de primogenitura y permitir la constitución de mayorazgos. De manera que, aunque en principio y de forma casi nominal no se admitían los pactos sucesorios, estos eran frecuentes con ocasión del matrimonio del hijo mayor, tanto para beneficiar a éste como para asegurar a la mujer casada y su familia que el matrimonio era «conveniente».

En cuanto al Proyecto de 1851, su criterio general fue rechazar los pactos sucesorios (art. 994) porque una de sus bases doctrinales era promover la desvinculación y la desaparición de la nobleza territorial. Sin embargo, necesario es reconocer que ese principio inicial fue luego atenuado para lograr un régimen de transacción con los defensores de los pactos sucesorios y la libertad testamentaria de las provincias forales; de manera que se admitieron ciertos pactos con ocasión del matrimonio, que era precisamente el caso más frecuente en el antiguo Derecho.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, el art. 656 del Proyecto admitía la mejora irrevocable con cargo al quinto de libre disposición: «El quinto disponible á favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia á la doble porcion, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo *quando hubiere dispuesto antes é irrevocablemente del primero*». También, el art. 657 (equivalente al actual 825) establecía en un segundo párrafo que «Además, para ser válida la declaración (de mejorar por contrato entre vivos), ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible-á favor de extraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas».

Sin embargo, como ya hemos explicado en el capítulo II, parece más bien que el Código civil ha eliminado intencionadamente todas las referencias que el Proyecto de 1851 hacía de forma conjunta a la

(58) Si bien el causante siempre podía disponer de lo necesario para gastos de entierro, misas, etc. ANGULO. *Comentaria ad leges Regias meliorationum*, tít. 6. libr. 5. Madrid, 1592, ley I, glosa 2, n. 3, pp. 53 y 54; AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutionis, Quintum librum Novae Recopilationis complectens*. Salamanca, 1591, lib. 5, tít. 6, ley I, ns. 18 y 19, fols. 132 y 133; BAEZA, *De non meliorandis dotis rationis filiabus*, cap. I, ns. 27 y 28, en *Opera Omnia*. Madrid, 1592, fol. 7; PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*. Lyon, 1785, parte I, quaest. 28, ns. 7 y ss., pp. 235 y ss. Lo acepta AYERVE DE AYORA, *Tractatus partitionum bonorum communium*, Granada, 1586, II, XIV, fols. 87 a 89, si la mejora del quinto es por causa onerosa o por contrato celebrado con un tercero.

En contra de la acumulación irrevocable, Antonio GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, ley XVII, 10, fol. 70.

mejora y a la parte de libre disposición (59). Ello quizá se deba a que como ya había desaparecido la intención de lograr la unidad legislativa en materia sucesoria, no había por qué recoger el criterio de los Derechos forales de aceptar con ocasión del matrimonio del hijo la vinculación sucesoria de la práctica totalidad del patrimonio de los padres.

Por tanto, como la dispensa de colación supone en última instancia una imputación al tercio libre, su irrevocabilidad parece que supondría una ampliación del ámbito del pacto sucesorio del art. 827 C.c.; o sea, una excepción al art. 1271 no contemplada en la ley.

Por todo ello, creemos que hay que rechazar la irrevocabilidad de la dispensa de colación en caso de haber sido hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, no siendo aplicable analógicamente el art. 827 C.c.

Además, no tiene la misma relevancia vincular el tercio de mejora que el de libre disposición, pues en el caso de que se disponga irrevocablemente de este último, el causante renuncia prácticamente, como ya hacía notar Antonio Gómez, a su facultad dispositiva *mortis causa* (60).

c) *Revocabilidad de la dispensa cuando donación y dispensa se han aceptado indisolublemente*

El segundo supuesto en que podría plantearse la posibilidad de una dispensa de colación irrevocable es aquél en el que donación y dispen-

(59) Además de los reseñados arts. 656 y 657, el art. 660 del Proyecto del 51 establecía que «Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos», comentando GARCÍA GOYENA (t. II, *cit.*, p. 106): «Téngase presente el artículo 657, y lo en él expuesto. La voluntad expresa del mejorante debe guardarse en cuanto no lastime los derechos de los herederos forzosos. Si no constare, debe presumirse que respetó los intereses y derechos de los hijos, y quiso más bien gravar con la mejora la parte de que podía disponer a favor de extraños: no alcanzando el quinto, es de necesidad que se recurra á la doble porción que es la parte disponible cuando existen herederos forzosos».

Asimismo, el art. 661 (equivalente al actual 829) tenía un segundo párrafo, según el que «Lo determinado en este artículo comprende también la mejora del quinto hecho á favor de un extraño». Este párrafo fue igualmente suprimido por el Código de 1889.

(60) *Cit.*, ley XVII, 2, fol. 68; AYERBE DE AYORA, *cit.*, II, IV, fol. 78; AZEVEDO, *cit.*, lib. 5, tít. 6, núm. 18, fols. 132 y 133.

En la misma línea, señala LACRUZ, *cit.*, ed. 1988, p. 476, respecto de la promesa de no mejorar del art. 826 que «Se plantea la duda de si la promesa de igualdad se refiere, como en el Derecho histórico..., también a la parte libre, o sólo a la mejora, lo cual es cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, pues el art. 826, de acuerdo con sus antecedentes, parece referirse asimismo al tercio libre: no porque éste se pueda en algún modo considerar como mejora, sino porque el Cc. extiende a él, fuera ya del campo de las legítimas, la permisión de este pacto sucesorio. La conclusión no es del todo segura, pues hay más razones para autorizar el compromiso de no alterar las previsiones legitimarias de la ley, que para permitir al causante privarse acaso de su entero margen de libertad de disponer».

sa estuvieran tan íntimamente ligadas en la voluntad de las partes (especialmente del donatario) que podría invocarse la irrevocabilidad de la dispensa en atención a que se ha querido el negocio como un todo y no por partes.

En la doctrina se ha planteado este problema especialmente a propósito de la mejora contractual que no está incluida en los casos de irrevocabilidad del art. 827. En opinión de algún autor (61) «hay un supuesto al menos en que la mejora es irrevocable, fuera de los supuestos mencionados en el artículo 827 del Código civil, a saber: el supuesto de irrevocabilidad convencional o contractual, es decir, aquél en que la cualidad de mejora imputada al negocio jurídico gratuito traslativo de la propiedad es parte de éste o está tan unido a éste que la concorde unidad de voluntades entre mejorante y mejorado no se hubiera producido sin la imputación de tal cualidad; o, si se quiere con otras palabras, en aquellos supuestos en los que la voluntad negocial, el consentimiento, recae no sólo sobre el negocio jurídico patrimonial, en sí, no sólo sobre la donación, sino también sobre el carácter de mejora imputado a la donación».

No podemos estar de acuerdo con esta postura. Los antecedentes históricos —a los que apela el autor citado— no son válidos para interpretar esta cuestión porque ya hemos señalado repetidamente a lo largo de este trabajo que el sistema de las Leyes de Toro estaba concebido para permitir la vinculación del causante excepto en la parte de la legítima estricta, con el fin de facilitar la constitución de los mayorazgos y el mantenimiento del esplendor de las familias, siendo los contratos sucesorios con ocasión del matrimonio el medio común para lograrlo; precisamente el Código cambió conscientemente el sistema anterior por enemistad con las vinculaciones.

Ciertamente las partes pueden haber causalizado la mejora (o la dispensa de colación, en nuestro caso) en el contrato de donación, de forma que no habrían querido la liberalidad sino con la dispensa (62). Ahora bien, el problema es cómo valora la ley esa configuración de la donación, con mejora o dispensa; y parece claro que en nuestro Derecho el deseo de querer la dispensa al par que la donación no es valorada en el sentido de haber de mantenerse aquélla, sino en el sentido de que ese elemento de la aceptación es irrelevante. Ya se deduce con claridad del art. 827 que el Ordenamiento no concede relevancia a la calificación irrevocable de mejora salvo en los casos excepcionalmente admitidos (63)

(61) BLASCO GASCÓ, *cit.*, p. 90.

(62) FORCHIELLI, *cit.*, p. 276, hace depender precisamente de la voluntad de las partes todo el problema del carácter unilateral o bilateral de la dispensa, su revocabilidad o irrevocabilidad.

(63) En la sentencia de 4 de julio de 1908 se planteó el siguiente caso: una hija demandó judicialmente a su padre que le dotara. A raíz de la demanda —y aunque no

Lo contrario supondría dejar prácticamente sin efecto la revocabilidad general de la mejora, pues, desde luego, lo lógico es que el donatario desee la mejora con carácter irrevocable. Así que el caso hay que tratarlo con criterio similar al supuesto en el que el testador se obligase a no modificar una disposición testamentaria que hubiese sido aceptada por el instituido en vida de aquél. Ni la voluntad de no revocar es relevante (art. 737), ni tampoco la aceptación por el instituido (art. 991).

Finalmente, en cuanto al desamparo en que quedaría la expectativa del mejorado (o dispensado), es oportuno recordar la debilidad causal de los negocios gratuitos, máxime en el círculo de los legitimarios (64).

En todo caso, lo que podría discutirse es si, al no dar relevancia el Código a la aceptación de la dispensa, pudiera ser nulo y sin efectos el negocio en su totalidad, incluida la donación. Ahí es donde se encuentra el verdadero problema. Ahora bien, en tal caso se plantea cuál podría ser el interés del donatario que justificara no querer la donación si no es con dispensa. Consistiendo en principio la colación en una aportación contable (arts. 1045 y 1047), la donación no quedaría alterada en sus efectos, con lo que difícilmente se podría justificar el interés del donatario de no querer la donación si no es con dispensa.

No obstante, si admitimos que cuando la donación exceda del valor de la cuota del instituido (que acepta la herencia), éste ha de restituir a los coherederos legitimarios el exceso (65), en ese caso se podría argüir que, desde un plano práctico, la donación pierde en parte sus efectos económicos, pues ha de restituir el donatario una parte de su valor. En esas condiciones, si el donante hizo primero la donación con dispensa y luego dispone la colación, parece que la modificación de esa condición accesoria permitiría al donatario revocar su aceptación, pues ha aparecido una especie de carga a la donación que no existía en el momento de aceptarla.

Sin embargo, creemos que la anterior postura supondría una nueva —aunque sutil— confusión entre el objeto de la donación y el de la dispensa. El deber de colacionar y, en su caso, el de restituir a la masa el exceso sobre la cuota, tiene como presupuesto la existencia de una

constituyó una transacción en sentido estricto—, el padre y la hija otorgaron escritura de constitución de dote, señalando el concedente que si el valor de la dote excedía de la legítima estricta, se entendería mejorada la hija. Posteriormente, en testamento, el padre revocó la mejora, y declaró mejorar entonces a otros legitimarios. Ante el recurso de casación interpuesto por la hija, alegando que la mejora era irrevocable, el Tribunal Supremo contestó que «los términos del precepto del art. 827 ... no consienten más casos de excepción legal para la revocabilidad de las mejoras que los dos únicos expresados en el mismo»; añadiendo: «sin que la ley consienta pacto alguno entre padres é hijos opuesto á lo establecido por un fundamento superior á la voluntad de las partes en materia de sucesiones».

(64) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, reimpr., Madrid, 1985, § 321, pp. 263 y 264.

(65) Así lo impone la sentencia de 17 de marzo de 1989, fund. 4.

donación válida y eficaz, pues, como ya hemos señalado, existe un ligamen unilateral entre la colación y la liberalidad. Sin embargo, la circunstancia determinante de la colación es la cualidad de heredero aceptante de la sucesión; el deber de colación no es una disminución de la liberalidad recibida *inter vivos*, sino una carga impuesta en una disposición de última voluntad y que será efectiva si el donatario acepta la herencia. Por ello, el donatario puede evitar siempre la colación si repudia la herencia.

Así que no se puede hablar en sentido estricto de donación en la que la dispensa sea un elemento causal de la misma (desde el punto de vista de su valoración por el Ordenamiento), sino en todo caso de aceptación de donación sometida a la condición de una determinada disposición sucesoria (la dispensa). Respecto de esta situación podríamos distinguir dos supuestos:

— el donante no señala nada sobre la irrevocabilidad de la dispensa. En tal caso, la aceptación del donatario sometiéndola a la condición de la irrevocabilidad de la dispensa no perfeccionaría la donación pues la aceptación no concordaría con la oferta (art. 1262); y aunque se admita que la donación se perfeccionaría, la condición de la irrevocabilidad de la dispensa sería irrelevante.

— el donante se compromete explícitamente al hacer la donación a no revocar la dispensa, y el donatario acepta. En este supuesto, el causante se compromete a no revocar una disposición sucesoria, lo que conforme al art. 737 C.c. («Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas») es ineficaz, siendo, por tanto, la dispensa libremente revocable. Además, en cualquier caso, la aceptación de la dispensa supone la aceptación de un beneficio *mortis causa* antes de la apertura de la sucesión, lo que es ineficaz (art. 991). Sin embargo, en este supuesto quizá sí sea nula la donación (vid. arts. 1115 y 1116 C.c.).

E) NATURALEZA DE LA DISPENSA: CONCLUSION

De lo dicho hasta aquí hemos de deducir que la dispensa es una disposición *mortis causa* esencialmente revocable (luego, de última voluntad) y de carácter patrimonial. Y siendo la revocabilidad el carácter esencial de los actos de última voluntad en nuestro Derecho, parece que en principio habrán de aplicarse a ella los caracteres del testamento, acto de última voluntad de carácter patrimonial por

excelencia, y único de los de esta clase regulado de forma general en el Código civil (66).

— se trata de un acto unilateral. Es el donante-causante el que únicamente realiza la distribución *mortis causa* del valor de la donación no declarada colacionable. La aceptación del dispensado antes de la muerte del causante no produce, como ya hemos visto, efecto alguno (art. 991). Y la aceptación tras la apertura de la sucesión es en realidad una aceptación de la condición de heredero (que necesariamente ha de tenerse para que pueda jugar la colación y su dispensa), que como señala toda la doctrina, no tiene nada que ver con la aceptación contractual.

— unipersonal, conforme se desprende del art. 669 C.c.

— personalísimo. Parece claro que, conforme a los principios generales del testamento, también la dispensa es un acto que corresponde exclusivamente al causante, no pudiendo delegar esta facultad en persona alguna (art. 670 C.c.). No obstante, parece aplicable el art. 831.

— no recepticio; aunque en el caso de la dispensa junto con la donación el donatario, lógicamente, conocerá el hecho de la dispensa. Pero, aun así, de este conocimiento no se derivará efecto jurídico alguno.

— ¿gratuidad? ¿liberalidad? Finalmente, se discute por la doctrina si la dispensa es una liberalidad o no en favor del dispensado.

Ante todo, conviene dejar claro que, en nuestra opinión, la dispensa no es una liberalidad *complementaria* a la donación. A esto nos hemos referido ya a propósito de las relaciones entre donación y dispensa.

En cuanto a la cuestión de si la dispensa es una liberalidad en sí misma considerada, parece necesario señalar que, desde luego, no es una liberalidad al modo como ésta se entiende en los negocios *inter vivos*. A los actos *mortis causa* no se le pueden aplicar los mismos esquemas de gratuidad y onerosidad de los negocios entre vivos. Por un lado, hay que tener en cuenta que la sucesión hereditaria se va a producir necesariamente, de forma que lo único que hace el causante es dirigirla en un sentido distinto al marcado supletoriamente por la ley (67);

(66) No obstante, advierte GIAMPICCOLO, *cit.*, p. 71, que hay que evitar una gratuita asimilación del acto de última voluntad a la disciplina del negocio testamentario, pues no se trata de dos figuras idénticas; si bien no se desconoce, obviamente, el peso que en la reconstrucción de la disciplina de aquél puede ejercer el tipo testamentario, en cuanto que es objeto de una particular disciplina por el Derecho positivo.

(67) Como indica GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, traduc. esp. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, p. 540, entre el testamento y la donación existe una diferencia sustancial «resultante del hecho de que la muerte está destinada a abrir la sucesión: el donante puede decidir si dona o no dona, además de decidir a quién dona; el testador, en cambio, manifiesta la propia liberalidad únicamente porque deroga, mediante el testamento, el orden de sucesión legítima y, en los límites de la cuota disponible, decide a quién se atribuirán sus bienes».

por otro, y con relación a lo anterior, el testamento es siempre una disposición unilateral en el sentido de que el testador no se despoja de algo que correlativamente recibe el adquirente, sino que sólo tiene efectos para una de las partes; en nuestro caso, el heredero favorecido con la dispensa. Esto la diferencia del contrato de donación, en el que se producen efectos en ambas partes; una pierde algo que otra recibe; ello no sucede en la disposición por causa de muerte.

Hechas estas consideraciones previas, no parece existir inconveniente en considerar la dispensa como una ventaja patrimonial (68) o liberalidad *mortis causa* en favor del dispensado. Esta conclusión se deriva del hecho de que la colación supone una carga de la condición de heredero que el Código establece en perjuicio del donatario aceptante de la herencia; si, entonces, el causante libera al donatario de esa carga hereditaria, resulta evidente que nos encontramos ante una indudable ventaja patrimonial con respecto al régimen supletorio que establece la ley.

En definitiva, parece que la dispensa de colación es una disposición de última voluntad (por tanto, revocable) determinante de la cuantía del caudal partible entre los coherederos legitimarios, y que por ello reúne los caracteres generales de las disposiciones testamentarias, con algunas excepciones, en especial en lo que se refiere a la forma (69).

II. FORMA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD DE DISPENSA: NECESIDAD DE QUE SEA EXPRESA

Una de las cuestiones más difíciles a propósito de la dispensa de la colación es que, según el art. 1036, para que tenga efecto es necesario que el donante «así lo hubiese dispuesto expresamente».

(68) Esta es la terminología que propone MIGNOLI. *op. et. loc. cit.*; «ventaja patrimonial» que no se puede incluir técnicamente en la noción de liberalidad.

No obstante, algunos autores italianos, siguiendo los pasos de cierta antigua doctrina alemana, consideran la colación como una liberalidad en favor de los coherederos, constitutiva de un legado *ex lege*. Además de que ello es rechazado por los autores más modernos (SKIBBE, *cit.*, p. 621; PALANDT-EDENHOFER, *cit.*, p. 1911), esta opinión nos parece una manifestación más del gusto de la doctrina por incluir toda institución jurídica en otra de mayor alcance, tendiendo así al constructivismo y la abstracción. Desde nuestro punto de vista, no es necesario explicar la colación acudiendo al concepto de legado. De modo más simple, se puede decir que la colación es la colación, y esto basta. El mismo FORCHIELLI, *cit.*, p. 149, después de adherirse a la doctrina citada, reconoce que «son tantas y tales las peculiaridades de estructura y de disciplina de la relación colaticia respecto a la estructura y disciplina del legado normal, que bien pocos de los principios normativos del legado aparecen efectivamente aplicables a la relación *ex collatione*».

(69) GIAMPICOLO, *cit.*, p. 6, y JORDANO BAREA, «Teoría...», *cit.*, p. 437, consideran que la dispensa es una típica disposición testamentaria, pues para que hablemos de disposición anómala testamentaria es necesario que dicha disposición no sea complementaria de la institución de heredero o legatario.

La mayoría de la doctrina suele rebajar en gran medida la exigencia de la disposición expresa partiendo de una ya antigua opinión formulada por De Diego y Navarro Palencia, a propósito de la regulación romana de la colación vigente en Cataluña. Ciertamente, según estos autores, la Novela XVIII exigía la colación salvo que *expressim* se dispensara; «Ahora bien, el conjunto de la ley, el espíritu de la disposición entera está en esto: del silencio del testador sobre la colación sólo es lógico concluir la incertidumbre de su voluntad sobre ella (*quoniam incertum est*, etc.); por consiguiente, la contraposición a esa incertidumbre de voluntad es la certidumbre de esta voluntad, la cual certidumbre debe ser la regla para la exclusión de la colación. El *expressim* no se contrapone a *non expressim* o a *directa literaliter*, etc., en este caso, sino a *incertum*, y por tanto, toda su significación no consiste en requerir una manifestación verbal, directa, explícita de dispensa de colación, sino que debe quedar reducida a exigir una manifestación de voluntad positiva, realmente expresada, tanto por palabras cuanto por acciones concluyentes o inequívocas» (70).

Independientemente de cuál fuera el significado del «*expressim*» de la legislación justiniana, creemos que tal interpretación no casa con el sentido de nuestra actual legislación. El origen y la razón de la dispensa expresa no se encuentra en el Derecho histórico, sino en el proceso codificador; a ello ya nos hemos referido en la primera parte del presente trabajo. En esta línea, parece oportuno recordar que «el sentido filológico no vincula; se ha dicho con razón: *grammatici non sunt supra Caesarem*; la letra de la ley es un medio para conocer el mandato y nunca un pretexto o causa para que no se cumpla el verdadero sentido de la ley» (71).

El art. 843 del Código civil francés estableció la colación como norma general, exigiendo que la dispensa de la misma fuese realizada «*expressément*». La intención de esta exigencia era la de mantener en la medida de lo posible la igualdad entre los legitimarios. Decía Chabot de L'Allier en su Comunicación oficial al Tribunado que se establecía la colación como regla general «porque ella es, en efecto, la más equitativa, porque es conforme al principio de igualdad al que es necesario tender constantemente a establecer en todas las sucesiones, y que,

(70) DE DIEGO y NAVARRO PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *R.D.Pr.*, t. I, 1913-14, p. 297. En la misma línea se manifiestan, con cita de los anteriores, BONET RAMÓN, *cit.*, V, p. 858; ESPÍN, *cit.*, V, p. 171; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, en *Derecho de sucesiones*, de Lledó Yagüe, IV, Bilbao, 1993, pp. 169 y 170; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 571; DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 269 y 270; PUIG BRUTAU, *cit.*, V, 3, 4.^a ed., p. 514; VALLET DE GUYTSOLO, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 501. Igualmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1979, p. 413, nota 2: «Como tantas otras veces..., creo que "expresamente" significa que conste que la dispensa ha sido "verdaderamente" querida».

(71) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 2.^a ed., Madrid, 1949, p. 468.

en fin ... la presunción de la voluntad del difunto es en favor de la colación cuando ella no ha sido *formalmente* dispensada»; añadiendo Jaubert que la voluntad de dispensar «se debe leer en la disposición misma» (72).

En cuanto a nuestro proceso codificador, ya hemos señalado repetidas veces en estas líneas que la igualdad de los colegitimarios era el ideal de legislador, con el fin de favorecer la desvinculación y la división de la propiedad territorial. El art. 882 del Proyecto isabelino establecía que «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa». Y comentaba a continuación García Goyena que «Exigiendo que la dispensa haya de ser expresa, se cortan casi todas las cuestiones que voluntariamente han suscitado los intérpretes: además, se guarda consecuencia con lo dispuesto en el artículo 657» (73). Este último artículo, como ya sabemos, cambió el criterio anterior de las Leyes de Toro al disponer que toda donación *inter vivos* no se reputaba mejora «si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar» (74); y a ello añadía el comentarista que «lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquélla (la legítima); en esto á nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador» (75). Además, ello «Es también conforme á lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen á colación, si no hay dispensa expresa» (76).

Finalmente, es de destacar que el art. 828 del Código, en contra de lo dispuesto en el Proyecto, dispone que la manda o legado hecho en testamento tampoco se considera mejora «sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre»: nueva manifestación del deseo de mantener en la medida de lo posible la igualdad entre los legitimarios.

De todo lo expuesto hasta aquí cabe colegir que la inserción del término «expresamente» en el art. 1036 no es en absoluto casual, ni un mero recurso estilístico sin eficacia práctica. En el Código existe un

(72) FENET. *cit.*, t. XII, pp. 203 y 590.

(73) *Cit.*, t. II, p. 252.

(74) El Código civil ha retocado levemente este artículo, sustituyendo «formalmente» por «de una manera expresa».

(75) P. 105.

(76) *Ibidem.*

ideal de mantenimiento de la igualdad entre los legitimarios, siendo necesario para evitarlo una disposición «expresa» del causante (77).

Por ello, no podemos estar de acuerdo con las opiniones primeramente expuestas que consideran que el término «expresamente» no tiene mayor trascendencia, y que lo único importante es que tal dispensa sea cierta. Desde luego, la dispensa ha de ser cierta, verdadera, pero es que ello es exigible a la hora de interpretar cualquier manifestación de voluntad; si no existe certeza —moral— acerca de la voluntad del manifestante, no podemos considerar tal declaración como efectivamente realizada. Desde este punto de vista, la exigencia de que la dispensa sea expresa no añadiría nada a los requisitos propios de toda declaración de voluntad. Ahora bien, si queremos dar contenido a los términos de la ley, está claro que dispensa «expresa» supone algo más que mera certeza en la voluntad de dispensar.

(77) Hace una interpretación completamente distinta de la aquí mantenida VALLET DE GOYTISOLO. «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición». *AAMN*, t. VIII, 1954, p. 20 (también en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XI, 2.^a ed., Madrid, 1982, p. 329 y ss.): «¿Es cierto que la ley quiere la igualdad? Sin duda que sí, tratándose del tercio de legítima estricta. Pero en el ámbito del tercio de mejora, no hay ninguna base para sostener igual afirmación. A la ley le es indiferente que se distribuya por igual o desigualmente entre los descendientes. Así resulta del artículo 823. Por tanto, si no hay regla general no puede haber excepción. Además, precisamente, en el Derecho castellano histórico, se presume siempre que todo legado y la mayor parte de las especies de donación se otorgaban con carácter de mejora. Lo que indica que la mejora no tenía tal carácter excepcional. Y no olvidemos que, conforme nos explicó Alonso Martínez, alma de nuestro Código civil ... fue "la tendencia de dicho Código a ensanchar la órbita de la libertad de testar"».

No podemos compartir la opinión de este insigne autor. A lo largo de todo el trabajo citado se apoya singularmente en la regulación de la mejora por las Leyes de Toro. Ello no parece metódicamente correcto; creemos haber dejado ya suficientemente claro que la regulación del Derecho antiguo pretendía favorecer los mayorazgos y vinculaciones, cosa que se propuso evitar precisamente la Codificación. Sin embargo, este reputado tratadista no hace referencia a ese problema, a nuestro juicio indispensable para interpretar correctamente las normas que estudiamos.

En cuanto a que el Código civil amplió notablemente la libertad de testar, ello es evidente. Pero también hemos señalado en la primera parte de este trabajo que legítima e igualdad no son realidades necesariamente paralelas (así, Derechos forales aragoneses y vizcaíno). A pesar de la limitación de la cuota legitimaria, el resto del sistema del Código permaneció incólume, y, por tanto, favorecedor de la igualdad salvo disposición «expresa» en contrario, especialmente en cuanto a las disposiciones *inter vivos*, lo que además concuerda con la enemiga hacia los pactos sucesorios. Y no sólo ello, sino que el art. 828 dio una nueva «vuelta de tuerca» a la cuestión, pues frente a la norma del Proyecto que reputaba mejora lo dejado en testamento, aquel artículo estableció de nuevo la necesidad de que la mejora en testamento sea expresa, a no ser que el legado no quepa en el tercio libre. Igualmente, el art. 829 limitó la mejora en cosa cierta al tercio de mejora y a la legítima estricta, sin poder extenderse al tercio libre.

En el mismo sentido que las normas anteriores, la sustitución fideicomisaria —que es otra institución con resabios feudales— también ha de establecerse «de una manera expresa, ya dándole este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (art. 785.1 C.c.).

Así pues, podemos concluir que el art. 1036 exige con toda nitidez que la dispensa sea expresa. Sin embargo, el problema se plantea a la hora de determinar qué sentido puede tener el término «expreso» en este caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que en la doctrina no hay acuerdo acerca de su significado general, especialmente por contraposición a lo tácito.

No es este el lugar adecuado para hacer un estudio profundo sobre las diferencias entre lo expreso y lo tácito. Trataremos, no obstante, de realizar una cierta aproximación que pueda servir al intérprete de una concreta disposición testamentaria referida a este tema (78).

Ante todo, parece conveniente distinguir entre declaraciones de voluntad y otros comportamientos que no son declaraciones en sentido estricto. Sólo ha de considerarse declaración aquella manifestación dirigida a comunicar una voluntad determinada, y mediante los medios que socialmente se consideran como usuales para ello. En este sentido toda declaración sería expresa (79).

Por otra parte, hay una serie de comportamientos sociales que en un momento dado pueden revelar una voluntad determinada. Dentro de estos comportamientos hay algunos que, conforme a la valoración común, suponen una voluntad determinada no exteriorizada por los medios naturalmente destinados a ello (no declarada) y a los cuales se les atribuye una relevancia jurídica idéntica a la declaración o consentimiento: son los llamados *facta concludentia*. Estos casos serían los que se suelen llamar declaraciones tácitas (ejemplos legales de lo anterior, los arts. 999, 1935 y 1938 C.c.).

La anterior distinción —normalmente utilizada para poner de manifiesto los principios de responsabilidad y confianza en el ámbito contractual— no es útil a los efectos que ahora nos interesan. Si declaración tácita es aquella que consiste en un comportamiento no declarativo en sentido estricto, pero que supone indefectiblemente una determinada voluntad, la dispensa de colación nunca podría ser tácita, pues el único modo de manifestar una disposición de última voluntad es una declaración en sentido estricto (normalmente un testamento), sin que sea posible disponer *mortis causa* mediante esos *facta concludentia* (80). En tal caso, estaríamos ante una voluntad no declarada formalmente y, por tanto, irrelevante.

(78) Los términos en que está planteado el problema son tan conocidos que nos ahorraremos hacer citas constantes a la numerosísima literatura sobre el mismo. Por todos, puede verse FERRERO, «*Dichiarazione espressa*», «*dichiarazione tacita*» e *autonomia privata*, Torino, 1974.

(79) Por supuesto, la declaración ha de ser interpretada, por muy clara que esté.

(80) Cosa distinta es que, realizada una declaración en testamento, puedan ayudar a interpretar su sentido otras circunstancias extrínsecas al mismo; ahora bien, partiendo siempre de que ha existido la declaración. Vid. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 94 a 98, y SALVADOR CODERCH, «Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983», *CCJC*, 1983, pp. 292 a 295.

Sin embargo, la distinción expreso o tácito se plantea en las leyes con otro significado distinto del anterior. A veces, distingue la ley expreso y tácito para referirse a casos que son todos de declaración, es decir, de una manifestación realizada por los medios que socialmente se consideran aptos para realizarla (normalmente, por escrito o verbalmente). En este supuesto, la base de la distinción no puede estar en la existencia o no de declaración, pues partimos de que tal declaración existe (81).

Cierto sector de la doctrina, y también los Tribunales, establecen como criterio determinante de la distinción en estos casos el que haya una mayor o menor claridad en la declaración respecto del contenido de la voluntad del declarante (82). Esta posición, a nuestro modo de ver, tiene graves objeciones ¿Dónde está el límite de esa claridad, de esa certeza, entre lo expreso y lo tácito? Desde un punto de vista lógico-formal esto es imposible de determinar, pues en tal caso expreso y tácito serían conceptos puramente valorativos sobre los cuales no se podría sentar una regla fija. Cuando el Juez interpreta una declaración como reveladora de cierta voluntad, lo hace así porque ha adquirido la certeza moral de que eso es lo que quiso el declarante, no siendo en realidad admisible decir que el Juez interpreta la voluntad en un sentido, *aunque dude*. Si realmente duda, no puede dotar de eficacia a tal declaración. Lo que sucede es que el proceso por el que el Juez llega a su convencimiento puede ser más o menos complejo; pero una vez que llega a una conclusión es irrelevante si el proceso para ello ha sido más o menos largo o complicado (83).

Para distinguir entre declaraciones expresas y tácitas hay que buscar un criterio lo más formal y lógico posible, a fin de evitar que la apreciación quede en cada caso al exclusivo arbitrio del Juzgador.

En nuestra opinión, para aclarar qué significa «expresamente» en el art. 1036, hay que partir de la consideración de que esa exigencia es

(81) Desde luego, no se nos oculta que hablar de «declaración tácita» es una contradicción *in terminis*, pues en latín «tacere» significa «callar».

(82) Esta es la postura que finalmente adopta FERRERO, *cit.*, pp. 77 y 78: «para integrar el modo de ser “expreso” requerido, será necesario que un comportamiento ofrezca una cumplida expresión y, consecuentemente, suficiente certeza acerca de una determinada autoregulación, pero teniendo presente que esta exactitud (*compiutezza*) de la expresión y esta suficiencia de la certeza no pueden ser definidas de forma general; se relacionan y dependen de la *ratio* de las normas singulares». Igualmente, para DURMA, *La notificación de la voluntad. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*. París, 1930, § 229, p. 250, «*Es la falta de certidumbre lo que caracteriza la manifestación tácita*» (la cursiva es del autor).

(83) Cuando un Juez penal juzga la existencia de un delito, a nadie se le oculta que suele existir un período de duda hasta que llega al convencimiento de que el hecho se produjo; ahora bien, está claro que ese proceso de duda no es elemento conceptual del Derecho.

atinente a la forma. A la forma, no en el sentido que habitualmente se entiende, de medio o canal —en la terminología lingüística moderna— a través del que se transmite el mensaje (verbal, escrito), sino forma en el sentido del código o signos que se han de emplear para comunicar el pensamiento; lo que cierto sector de la doctrina ha llamado a veces «forma intrínseca» de la declaración (84).

Partiendo de lo anterior, hay dos maneras de interpretar el término «expresamente» en el art. 1036 C.c.:

— lo más sencillo sería considerar que «expreso» significa que el causante ha de emplear forzosamente las palabras «dispensa» (o cualquiera de las formas verbales de «dispensar») y «colación» (o una de las formas del verbo «colacionar»). Así, «dispenso de la colación de lo que doné a mi hijo X»; o bien, «quede mi hijo X dispensado del deber de colacionar lo que le regalé»; etc. No obstante, aunque esta solución sea la más sencilla, nos parece excesiva y tampoco creemos que el legislador tuviera intención de ser tan riguroso. En esta línea, cuando el art. 785 exige que las sustituciones fideicomisarias sean expresas, considera que son tales «ya dándoles este nombre, ya imponiendo la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero».

— por el contrario, a veces distingue la doctrina lo expreso de lo tácito, según que se realice una declaración «directa», dirigida a manifestar una determinada voluntad, o bien se realice una declaración «indirecta», con otra finalidad, pero que también presuponga esa voluntad. Es decir, para que se considere expresa ha de tratarse de una declaración *ad hoc*; o, como a veces señala la doctrina italiana, una «*apposita*» declaración. No siendo, por tanto, eficaz la voluntad manifestada de modo colateral o accesorio a otra declaración cuya finalidad sea transmitir otra voluntad.

Esta nos parece la dirección correcta en que hay que interpretar la exigencia de que la dispensa de colación conste «expresamente». El causante ha de realizar una declaración cuya finalidad esencial sea precisamente la dispensa; finalidad que, al menos en este caso concreto, habrá de valorarse de modo objetivo (85).

Consecuentemente, parece también que la dispensa ha de referirse específicamente a cada una de las donaciones que se quiere dispensar, sin que sea válida una dispensa de carácter genérico respecto de todas

(84) DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. Bruxelles-París, 1935, p. 46, nota 3.

Sin llamarla de esta manera, se refiere a este tipo de exigencia CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*. Padova, 1969, pp. 9 y 10.

(85) En esto nos apartamos de la tradicional doctrina que para distinguir entre declaración directa e indirecta apela exclusivamente a la intención del declarante.

las donaciones realizadas; lo contrario da lugar a dudas y oscuridades opuestas a la exigencia del carácter expreso (86).

Ello no implica fórmulas sacramentales, pudiendo valer la dispensa mediante términos que manifiesten la intención de desigualar (cfr. art. 785.1 C.c.); así, por ejemplo, «deseo que el donatario no reparta el valor de la donación con sus coherederos legitimarios». En el mismo sentido de excluir el formalismo exagerado, tampoco creemos que haga falta que la dispensa conste en cláusula aparte dentro de la donación o testamento.

También habrá de considerarse dispensa expresa cualquier disposición que, por su misma naturaleza, excluya el valor de lo donado del caudal partible entre los coherederos legitimarios. Por ejemplo, mejora, imputación al tercio libre (87); o inclusión de lo donado en el lote del donatario, en el caso de partición por el testador (art. 1056). En realidad, parece más bien que estas órdenes de imputación se anteponen, desplazándolo, al juego de la colación o su dispensa.

Por el contrario, creemos que no sería expresa si, no existiendo declaración al respecto, la dispensa pudiera inducirse del conjunto de las disposiciones testamentarias; por ejemplo, si el causante instituye al donatario en una cuota menor que al resto de sus hermanos, coincidiendo la disminución con la cuantía de la donación; está claro que, en ese caso, la dispensa no es expresa. Asimismo, no habría dispensa si, con posterioridad a una donación, el testador hace partición de sus bienes sin incluir lo donado en el lote del donatario (88). Tampoco sería expresa si se pretendiera acudir a presunciones o a pruebas testimoniales o extrínsecas al propio documento (89).

Por último, un supuesto que ha dado lugar a un cierto debate en la doctrinas francesa e italiana es el de las donaciones disimuladas. Algún autor considera que la realización de una donación disimulada supone

(86) Esta es la consulta que se plantea y resuelve, en contra de nuestro criterio, por F.A. y J.B., «Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1036 del Código civil», *RDJ*, XXVII, 1943, pp. 724 y ss. Una cláusula del testamento discutido rezaba así: «Manifiesta el testador que quiere que ninguno de sus hijos colacione nada a la herencia del mismo por los bienes dados o donados en vida de éste»; el problema subsiguiente es que con posterioridad al testamento el testador hizo nuevas donaciones pecuniarias a uno de sus hijos, encontrándose luego los recibos de las mismas entre los papeles privados de aquél. Se discute entonces si las nuevas donaciones estaban sujetas a colación, y si no lo estaban ¿por qué guardó el causante los recibos de estas últimas y no de las anteriores? En nuestra opinión estos problemas se cortan de raíz exigiendo siempre que la dispensa sea expresa respecto de cada donación realizada.

(87) Sobre esto, *vid.* el capítulo II. C).

(88) En contra, DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 281 y 282.

(89) Conforme, MIGNOLI, *cit.*, p. 88.

implícitamente una dispensa de colación (90). Desde luego, no compartimos este punto de vista para nuestro Derecho. Obviando el hecho de que la jurisprudencia suele considerar nulas estas donaciones, se puede argüir que, como la dispensa ha de ser expresa, si nada se señala en la donación disimulada respecto de ella, no podemos considerarla expresa (91); y si se declara la dispensa, la donación deja de ser disimulada. Ya hemos señalado en la primera parte de este trabajo que el art. 1036 no es una norma interpretativa de la voluntad del causante, sino una norma dispositiva, lo que es muy distinto.

Por otra parte, a nadie se le oculta que una gran parte de las donaciones entre padres e hijos son disimuladas por cuestiones puramente fiscales, sin que tenga nada que ver la simulación con la voluntad de excluir la colación.

En fin, como se ve, la exigencia de la dispensa expresa supone un freno a la doctrina general según la que, partiendo de la declaración testamentaria, hay que investigar al máximo la voluntad real del testador (art. 675 C.c.). No se nos oculta que esta interpretación del art. 1036 puede dar lugar en determinados casos a ejecutar el testamento en un sentido hasta contrario a la voluntad del testador (92); lo cual tampoco es tan extraordinario, pues también en otras ocasiones se exigen requisitos de forma extrínseca sin los que no es eficaz la declaración, aunque la voluntad del declarante esté clara en ese sentido.

Reconocemos, no obstante, que tal vez eso no sea a veces lo más justo desde el punto de vista del caso concreto y de la voluntad del causante (93), pudiendo defenderse que lo único importante es que el Juzgador

(90) CASULLI. «La dispensa dalla collazione delle liberalità palliate con la forma del contratto oneroso o per interposizione di persona», *Riv. dir. civ.*, XXXIII, 1941, pp. 19 y ss.; por su parte, ROCA JUAN, *cit.*, pp. 40 y 41, FORCHIELLI, *cit.*, p. 296, y VISALLI, *cit.*, p. 119, admiten también la dispensa en estos casos si se demuestra que la simulación tenía como finalidad provocar la dispensa. En Francia, *vid.* TERRÉ-LEQUETTE. *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2.^a ed., París, 1988, n. 895, p. 864.

(91) Véase sobre ello, la sentencia de 23 de septiembre de 1989, fund. 3. También es interesante el caso de la sentencia de 28 de febrero de 1966, en la que la testadora ordena colacionar ciertas liberalidades, y calla sobre otras disimuladas bajo compraventa.

(92) En la sentencia de 30 de marzo de 1949 se plantea el caso de que unos padres hacen conjuntamente a sus tres hijos «donación *inter vivos*» de todos sus bienes, dividiéndolos en tres lotes que en realidad son ostensiblemente de distinto valor. Planteada a la muerte de los donantes la colación, el Tribunal Supremo la acepta sin ningún problema, aunque probablemente la intención de los padres (en especial, en el caso, del padre) fuera otra.

(93) Por ello, se ha podido decir que «en la ley se manifiesta un renacimiento, en la jurisprudencia una decadencia, del formalismo»; FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, París, 1950, p. 111.

llegue al convencimiento de que ha existido determinada voluntad, sin atender al modo de manifestación; pero esa es una consideración de *lege ferenda* (94).

Sin embargo, frente a esta interpretación tan estricta que defendemos, podría argumentarse que, al haber cambiado la situación social —*occasio legis*— que explica su origen (desvinculación), debería hacerse una consideración más flexible del mandato legal. No obstante, creemos que la función social de la herencia (art. 33 C.E.) y el deseo social de igualdad, sentido hoy más que nunca, postulan por el mantenimiento de esa interpretación estricta. No hay que entender las normas del Código civil que propenden a la igualdad como meramente circunstanciales, de manera que, lograda la desvinculación, pierden su razón de ser. La igualdad, además de medio de desvinculación, tiene un valor en sí misma; por ello, aunque el Código redujo la cuota legítima del Proyecto de 1851, mantuvo el deseo igualatorio, que incluso se acentuó (art. 828, supresión del párrafo 2 del art. 657 del Proyecto y concordantes).

III. REVOCACION DE LA DISPENSA

Por último, vamos a referirnos a la revocación de la dispensa, cuestión que, además de su valor propio, nos ayudará indirectamente a fijar con mayor claridad la naturaleza de la propia dispensa.

a) *El acto en que se puede insertar la revocación*

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, la dispensa es un acto esencialmente revocable como toda disposición de última voluntad. Ahora bien, es discutible cuál ha de ser la forma del acto de revocación, si necesariamente la del testamento, o bien puede ser la de la donación dispensada.

Se dice que la revocación de los actos de última voluntad no testamentarios puede hacerse en la misma forma que el acto revocado (95). Esta afirmación parece válida como criterio general. Así, por ejemplo, si los padres pueden designar tutor en documento público notarial (art. 223), nada se opone a que tal designación se pueda revocar en otro documento notarial.

Sin embargo, creemos que la situación es distinta en el caso de la revocación de la dispensa de la colación. Para valorar este problema

(94) Cfr. FERRERO, *cit.*, p. 77.

(95) GIAMPICCOLO, *cit.*, pp. 148 a 150.

hay que examinar cuál es el fundamento por el que se admite que se realice una disposición de última voluntad fuera del testamento. En el supuesto referido del nombramiento del tutor parece que se debe a que el legislador no considera imprescindible el rígido formalismo del negocio testamentario (96); con lo que no ofrece dificultad que la revocación se realice sin tal formalismo. Por el contrario, en el caso de la dispensa de colación ya hemos señalado anteriormente que su inserción en la donación se justifica simplemente por un principio de economía negocial, para no obligar al donante a realizar un testamento posterior con la única finalidad de la dispensa. Ahora bien, en el caso de la revocación de la dispensa, el fundamento de economía negocial desaparece, de manera que, siendo el testamento el acto que por excelencia regula la distribución de los bienes del causante tras su muerte, y teniendo carácter excepcional la admisión de cualquier otro acto patrimonial de última voluntad en nuestro Derecho, creemos que la revocación de la dispensa ha de incluirse necesariamente en un testamento. Lo contrario carecería de justificación.

b) *Relaciones entre dispensa y testamento: su recíproco efecto revocatorio*

Anteriormente, hemos analizado las relaciones entre donación y dispensa; vayamos ahora con las relaciones entre dispensa y testamento. Tres casos se pueden plantear:

- que exista un testamento y una donación dispensada posterior a aquél.
- que se dispense de colación en la donación, y luego el causante otorgue un testamento posterior.
- que se otorgue la dispensa en testamento, y luego se revoque éste.

1) La dispensa simultánea a la donación y posterior al testamento está claro que revoca el testamento en cuanto a lo referido a la dispensa, especialmente si en el primer testamento se ha dispuesto concretamente del destino del bien que luego se ha donado (por ejemplo, por un legado, art. 869.2). Al ser ambas disposiciones recayentes parcialmente sobre la misma materia, y ambas de última voluntad, hay que tratarlas como cualquier supuesto de pluralidad de disposiciones de última voluntad recayentes sobre la misma materia. Por tanto, se ha de considerar que la dispensa y el testamento se revocan recíprocamente en cuanto a la cuestión de la dispensa. Si uno u otro acto (donación o testamento) hacen referencia a la dispensa, prevalecerá la última declaración, de acuerdo con la teoría general (art. 739 C.c.).

(96) Sobre las razones de puro azar parlamentario que llevaron a la admisión del documento público notarial, véase LETEDEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1985, p. 266.

2) Si se hace testamento con posterioridad a la dispensa, podría pensarse que la dispensa queda sin efecto si el testador no la declara expresamente a salvo, por la fuerza expansiva que tiene el testamento sobre toda la sucesión *mortis causa*, especialmente en cuanto a las cuestiones patrimoniales (art. 667 C.c.) (97). En esta línea, el art. 739 C.c. dispone que «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo en parte».

Frente a lo anterior, cabe oponer, sin embargo, un argumento que parece inclinar por la solución de la pervivencia de la dispensa, salvo que el testamento posterior haga referencia a la colación: la dispensa contenida en el acto de donación no es un testamento, sino una disposición de última voluntad distinta de aquél. Por ello, lo que hay que entender conforme al tenor del artículo citado es que un testamento posterior sólo deroga el testamento anterior, pero no todas las disposiciones de última voluntad anteriores. Es decir, para que subsista la dispensa de colación no es necesario que el testador declare expresamente que el testamento no revoca la dispensa; sería necesaria una expresión más explícita en este sentido, como, por ejemplo, «revoco todas mis disposiciones sucesorias anteriores».

Consecuentemente, si, además de la dispensa, el causante ha otorgado testamento posterior que no se refiere a aquélla, no hay que entender que nos encontramos ante una disposición derogatoria de la anterior, sino ante dos actos distintos que regulan la sucesión del difunto, si bien la dispensa se contrae a una cuestión determinada —la distribución del valor de la donación hecha al legitimario— mientras que el testamento se puede referir a todas las cuestiones que plantee la sucesión del *de cuius* (incluida la de la colación). Por ello, ambas disposiciones habrá que entenderlas, en principio, como complementarias a la hora de averiguar la voluntad del causante en cuanto al conjunto de su sucesión hereditaria. Así sucederá en el caso más frecuente en la práctica de que el testamento posterior sólo establezca institución de herederos en cuotas determinadas en favor de los hijos del causante.

No obstante, lo anterior es «en principio». Es indudable que de la coexistencia de dos disposiciones de última voluntad (dispensa y testamento) se derivarán a veces dificultades interpretativas. Al igual que

(97) Opina Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *RDN*, XXVII, 1960, pp. 93 y 94, que «la pervivencia de un testamento codicilar anterior una vez otorgado un testamento pleno posterior, no cabe dentro de la idea de compatibilidad por disparidad de la extensión objetiva, ya que el testamento posterior, al poseer proyección universal, impide la pervivencia del testamento anterior, que sólo puede salvarse si el testador así lo declara en el último testamento».

un testamento posterior puede interpretarse en el sentido de que tácitamente mantiene la vigencia de otro anterior (98), también puede interpretarse que el testador tácitamente ha manifestado su voluntad de dejar sin efecto la dispensa, aunque no se refiera a ella expresamente en el testamento. Así, especialmente, en el caso de una partición posterior hecha por el causante, sea en testamento o en un acto aparte de los que el art. 1056 llama impropriadamente «inter vivos»; si el testador, al hacer la partición y señalar los bienes concretos que integran la cuota del donatario, incluye lo donado con dispensa como parte de su lote, hay que interpretar que implícitamente deroga su dispensa contenida en el acto de donación.

En realidad, hay que entender que el testamento es el eje sobre el que gira la voluntad sucesoria del causante, aunque el Ordenamiento admita otros actos a causa de muerte. Por ello, si bien el testamento no deroga ineludiblemente la dispensa anterior, sí es necesario que el testador disponga en el testamento de forma que sus disposiciones sean compatibles con aquella dispensa; parece, pues, que nos encontramos ante una disposición principal (testamento) y otra subordinada (dispensa).

Por otra parte, si realizada una dispensa en el acto de donación, después el testamento declara simplemente que sigue en vigor la dispensa anterior, parece que el testamento no «absorbe» necesariamente a la dispensa, sino que seguimos encontrándonos ante dos disposiciones de última voluntad con su propio régimen jurídico; de manera que, revocado luego el testamento, la dispensa habría de considerarse vigente (99). Por el contrario, si el testador dispensa en el testamento sin referirse para nada a la dispensa anterior, la solución es más difícil; podría pensarse entonces que a partir de ese momento la dispensa pierde su parcial autonomía, y se «incorpora» al régimen propio del testamento. Con lo que, a partir de ese momento, la revocación del testamento supondría la revocación de la dispensa misma.

No obstante, singularmente conflictivo, a este respecto, puede ser el caso de que el causante done con dispensa, luego realice un testamento en el que nombra al donatario legatario (satisfaciendo así su legítima) y no heredero (con lo que ya la dispensa queda sin efecto por falta de uno de sus presupuestos); y más tarde vuelva a hacer otro testamento donde lo nombra heredero ¿Permanece la dispensa? Recono-

(98) Así lo entiende generalmente la doctrina, a pesar de las dudas que podría suscitar el tenor literal del art. 739; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. IX, vol. 2, Madrid, 1983, pp. 403 y 404; DÍEZ-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *cit.*, pp. 88 a 90; PASTOR RIDRUEJO, Félix, *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964, p. 217.

(99) En esta línea, señala DÍEZ-PICAZO, *cit.*, p. 83, que «La declaración de subsistencia (del testamento anterior) conduce a una pluralidad de testamentos y no a un único testamento formado *per relationem*».

ciendo la dificultad del caso, nos inclinamos por que la fuerza atractiva del primer testamento sobre la sucesión del causante elimina la dispensa, de manera que si posteriormente lo vuelve a nombrar heredero dicha dispensa ya no tendrá efecto, salvo que el causante la deje expresamente subsistente. No creemos que en tal caso la dispensa quede en suspenso y recobre luego su fuerza por el nuevo nombramiento del donatario como heredero (arg. art. 739.2 C.c.)

3) Si la dispensa se otorga en testamento, aquélla se convierte en una disposición testamentaria como cualquiera otra, de manera que la vigencia de la dispensa seguirá las vicisitudes del testamento.

Como conclusión de este apartado, podemos decir que la dispensa en el acto de donación no es testamento, porque no cumple sus requisitos formales, pero su finalidad es exactamente la misma que la del testamento (regular la continuidad de las relaciones jurídicas del *de cuius*), aunque contraída a un punto concreto: la distribución entre los coherederos legitimarios del valor de la donación hecha por el causante. Por el contrario, la dispensa contenida en el testamento es una disposición testamentaria como cualquiera otra.

La inscripción de la compra del inmueble por el arrendatario financiero que ejercita su derecho de opción

(Dictamen a solicitud de la Asociación Española de Leasing) (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
Notario

SUMARIO: I. Importancia y actualidad.—II. El arrendamiento financiero como contrato típico. Su regulación legal.—III. La argumentación de Manzano Solano.—IV. La complejidad de la operación de leasing y su causa única.—V. La exclusión de las relaciones iniciales.—VI. La exclusión de la compra del bien.—VII. El contrato unitario de leasing.—VIII. El ejercicio del derecho de opción.—IX. El objeto exclusivo de la Sociedad de leasing.—X. El tracto sucesivo registral.—XI. Conclusiones.

— I —

La cuestión que se somete a mi consideración tiene una evidente importancia práctica. Son muchos los arrendamientos financieros inmobiliarios que no se inscriben en el Registro de la Propiedad, a pesar de las innegables ventajas que también en este caso tiene la inscripción,

(*) Conf., con posterioridad, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo y 21 de junio de 1994, y el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: «El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 623, julio-agosto 1994, pp. 1645-1661).

puestas de manifiesto, entre otros, por Benavides (1), Amorós (2) o Manzano (3): La Sociedad de leasing, en efecto, se considera segura con la inscripción a su nombre de la propiedad de la finca en virtud de la compra inicial; y el arrendatario financiero confía en la Sociedad de leasing, en el control administrativo de la misma, y en su posesión de la finca, sin tener en cuenta que un importante ingrediente de su derecho —la facultad de opción—, carece de contacto posesorio. Pero al terminarse la relación de uso y ejercitarse esa facultad de compra, el hasta ahora arrendatario financiero quiere siempre que la finca se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad; y entonces aparecen las dificultades: la previa inscripción del contrato de leasing aparece entonces como un requisito plenamente inútil, que lleva tiempo y dinero, que puede encontrar dificultades en una calificación —ya extemporánea—, de sus cláusulas, y que exige la previa formalización del documento notarial inscribible si el contrato figuraba solamente en póliza, aunque ésta hubiera sido intervenida.

Y a esta importancia hay que unir la actualidad. Algunas posturas doctrinales andaban rondando la exigencia de aquella previa inscripción; pero nadie la había formulado expresamente, a lo que creo, hasta que lo hizo Don Antonio Manzano Solano, Registrador de la Propiedad, en unas «*Jornadas sobre leasing de inmuebles*», celebradas en Madrid en 1989, al desarrollar el Tema 5: «*La inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad*» (4).

La postura de Manzano Solano fue terminante: «Otra cosa es que se pretenda la inscripción de la escritura en la que se formalice el ejercicio de la opción de compra nacido del contrato de “leasing”, sin la previa inscripción de este último. Esta escritura sería inscribible presentando antes la de arrendamiento financiero que podría inscribirse en asiento propio o en tracto abreviado, pero, en todo caso, precediendo registralmente a la de ejercicio de la opción de compra. Y ello porque este derecho de opción o de preferente adquisición, legalmente

(1) BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LIX-558, septiembre-octubre, 1983, pp. 1172-1256; ver pp. 1244-1248.

(2) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «El “leasing” inmobiliario y su inscripción registral». Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1984, publicada en pp. 771-844 del Tomo I de las «Ponencias y Comunicaciones» al citado Congreso, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Hipotecarios; ver pp. 835-836.

(3) MANZANO SOLANO, Ver nota siguiente.

(4) Pp. 175-266 del volumen «*Jornadas sobre leasing de inmuebles*». Consejo General del Notariado — Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 296 pp.

establecido, no es una opción típica, sino una preferencia emanada del "leasing" como derecho real que, por razones de tracto, ha de ser previamente inscrito en su totalidad» (5). En el coloquio, Manzano reafirmó su postura: «¿no sería inscribible tal compraventa (la compraventa en ejercicio del derecho de opción de compra) sin la previa inscripción del contrato de "leasing"?, preguntaba, un tanto alarmado —«Perdón, perdón. Es que no lo comprendo bien»— uno de los asistentes, el Sr. Rodríguez Cantarero; y Manzano respondía: «Bien. Yo creo que, precisamente porque es un acto de ejecución del contrato de "leasing", no es inscribible sin la previa inscripción de aquél» (6).

Dada la evidente autoridad de Manzano en cuestiones hipotecarias (7), no es de extrañar que a partir de entonces haya surgido alguna nota calificadora exigiendo la previa inscripción del contrato de arrendamiento financiero para la inscripción de la compra en ejercicio del derecho de opción, y se haya difundido la alarma —la inseguridad— entre las Sociedades de leasing.

— II —

La doctrina venía girando entre nosotros, al discurrir sobre la naturaleza jurídica del leasing y sobre los problemas prácticos a ella conexos, en torno a las ideas de préstamo, compraventa, arrendamiento y opción. Quizá fuera el primero Martín Oviedo en atreverse a reconocerle sustantividad: «se trata, indudablemente, de un *contrato atípico*... Pero también de un *contrato* y no de una serie compleja o amalgama de contratos» (8), «una operación *unitaria*, conjunta», «a la que no le conviene *ninguna de las categorías jurídicas clásicas*» (9); y enseguida Rico Pérez: es «un contrato atípico», «una forma de contratación atípica», «especial o independiente»: «El "leasing" no es ni

(5) MANZANO SOLANO, *op. cit.*, en nota anterior, p. 218.

(6) MANZANO SOLANO, *op. cit.*, en nota 4, pp. 248.

(7) Recordemos especialmente su «Derecho Registral Inmobiliario», Volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1991, 378 pp.

(8) MARTÍN OVIEDO, José María: «El "leasing" ante el Derecho Español (Arrendamiento financiero: régimen mercantil y fiscal)», Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, 247 pp.; conf. p. 40.

(9) MARTÍN OVIEDO, José María: «Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de "leasing"», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Volumen XXIII, Números 106-107, julio-octubre 1973, pp. 1043-1092; conf. p. 1077.

más ni menos que el “leasing”, es decir, una institución que existe *per se* y con una configuración especial» (10).

Aquella falta de sustantividad podría defenderse incluso publicado el Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública, que no tenía pretensiones, por tanto, de abordar una regulación sustantiva, según expresamente reconocía: «A los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero...», comenzaba diciendo el artículo 19. Pero la vigente Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ya «aborda la regulación general de las operaciones de arrendamiento financiero», según nos dice su Preámbulo; y aunque lo haga en un lugar tan poco adecuado como una Disposición Adicional, no podemos conformarnos con la mera «tipicidad social», como para el leasing mobiliario propugna Sánchez-Parodi (11), sino que el arrendamiento financiero tiene entre nosotros verdadera tipicidad legal; la Ley 26/1988 ha supuesto, como escribe Rueda, el «desvanecimiento del carácter atípico» del leasing (12); ya en vísperas de esa Ley habló José María de Prada de «contrato nuevo» (13), y ésta es hoy la dirección doctrinalmente dominante: Fernández Golfín, «figura negociada nueva» (14); y también, claro es, Manzano, «contrato nuevo» (15). El tipo legal viene, en efecto, delineado en la Disposición Adicional Séptima—1, de la citada Ley 26/1988:

«Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las espe-

(10) RICO PÉREZ, Francisco: «Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra (La contratación por “leasing” en España). Madrid, Reus, 1974, 100 pp.; conf. pp. 24-25.

(11) SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, José Luis: «Leasing financiero mobiliario». Montecorvo, Madrid, 1989, 351 pp.; conf. p. 159.

(12) RUEDA PÉREZ, Manuel Angel: «Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles», pp. 33-110 del volumen citado en nota 4; conf. p. 52.

(13) PRADA GONZÁLEZ, José M.^a de: «Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de leasing», en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Volumen II (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España — Consejo General del Notariado, 1988), pp. 639-79; conf. p. 678.

(14) FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio, con la colaboración de Juan José RIVAS MARTÍNEZ y José Manuel RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales» (Ponencia de la Delegación Española en el Tercer Tema del XIX Congreso Internacional del Notariado Latino (Amsterdam, 1989), publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, CXLIII, enero-marzo 1989, pp. 91-198; conf. p. 195.

(15) MANZANO, *op. cit.*, en nota 4, p. 202.

cificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario».

Aunque ya derogados, conviene tener presentes las disposiciones precedentes de alguna entidad, que pueden ayudarnos en el entendimiento de la normativa vigente, así como para ponderar, según sus fechas, la doctrina de los autores, y las sentencias de la jurisprudencia:

- Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero. Artículo 19: «A los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma prevista en el artículo 22 y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento».— Artículo 20-1: «Los bienes objeto de arrendamiento financiero, han de quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales».
- Real Decreto de 31 de julio de 1980, artículo 1.º: «Las sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero... podrán extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual. Tales bienes deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato. En ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda o que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados anteriormente».

La normativa específica sobre el leasing ha de ponerse en relación con el Derecho Hipotecario, en cuanto que la cuestión planteada se refiere a una inscripción en el Registro de la Propiedad, y con el Derecho

Notarial, que regula la documentación adecuada al efecto. Y sobre todo, encuadrarse en nuestro sistema jurídico de Derecho patrimonial y contratación y tráfico de inmuebles, básicamente delineado por el Código Civil. Suele atribuirse al leasing mobiliario carácter mercantil, quizá sin la debida profundización, por tomar sólo en cuenta la función de la operación total y no en concreto la del arrendamiento financiero, y menos su estructura. Pero lo que interesa dejar sentado a los fines del presente dictamen, es que el tráfico inmobiliario queda fuera del Derecho Mercantil; como escribí en otro lugar (16), «la transmisión del dominio, y la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles no son actos de comercio, no se rigen por el Código de Comercio, sino por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, Cuerpos legales a los que han venido a sumarse modernamente, acentuando la lejanía de la mercantilidad, la Ley del Suelo y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. La mercantilidad que en algún caso pudiera defenderse sería... totalmente inoperante, meramente teórica»; en vano buscaríamos en el Código de Comercio, en efecto, norma alguna sobre el arrendamiento de inmuebles, o sobre la opción de compra, en las que, teniendo siempre en cuenta la naturaleza *sui generis* del leasing, apoyar soluciones con las que ir llenando el vacío legal en la regulación de ciertas prestaciones que se dan en el leasing y en otros contratos que entran dentro del ámbito del Código Civil.

— III —

El argumento fundamental aducido por Manzano Solano no es otro que aquella naturaleza jurídica del leasing: «*contrato nuevo*», «*contrato complejo*», pero sobre todo «*contrato unitario*, pues aquella complejidad lo es sólo de orden morfológico, ya que, desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento, responde a una *unidad causal* sustancial, que va más allá de lo que pudieran ser las causas particulares de aquellas figuras o prestaciones aisladas: causa-mandato, causa-arrendamiento, causa-opción, etc.» (17); «esa complejidad, entendida como pluralidad de prestaciones atípicas, no es obstáculo a su calificación como *contrato unitario*, pues responde a una única *unidad causal*, que va más allá de lo que pudieran ser eventualmente las causas o motivaciones particulares de las prestaciones que lo integran: uso, preferente adquisición, etc. Esa causa única es lo que yo me atrevería a

(16) «La fe pública en el ámbito mercantil. Competencia de los Notarios y de los Agentes mediadores colegiados». Civitas, Madrid, 1986. 151 pp.; conf. p. 68.

(17) MANZANO, *op. cit.*, p. 280.

llamar sencillamente *causa-leasing*» (18). «La idea de la unidad del contrato, suele aparecer clara en la *intención de los contratantes*» (19). «Pero es que, además, *legalmente*, también resulta esa unidad contractual (con cita de la Ley 26 /88)... No puede, por tanto, aislarse la adquisición de la cesión del uso. Esa adquisición forma parte de una realidad única que es el “leasing” y responde a su causa única” (20).

También en el coloquio: «Si estamos defendiendo la tesis de construcción de un contrato nuevo, con trascendencia real, con unidad y sustantividad propias, tenemos que tratar de inscribirlo como tal. Por lo tanto, en mi opinión, y tal como he recogido en el texto de la ponencia, no cabe inscribir solamente una de sus partes o de sus fases, pues estamos ante un contrato de tracto sucesivo» (21). Manzano insiste: «Yo creo que, con arreglo a la tesis que he mantenido aquí —que, por supuesto, respeta las que no comulguen con ella—, del derecho de “leasing” como un contrato con causa única, contrato que tiene propia sustantividad y unidad y en el que la opción de compra participa de la naturaleza real de todo el contrato, como prestación esencial del mismo, no hay ninguna posibilidad registral —repito: con arreglo a esa tesis— de inscribir ningún derecho que traiga causa de ese contrato sin la previa inscripción del mismo» (22).

La unidad contractual se inicia, pues, para Manzano, con la compra por la Sociedad de leasing del inmueble que va a ceder en arrendamiento financiero al usuario; de manera que, salvo el excepcional supuesto del *lease back* o *retroleasing*, en el que lógicamente sólo hay dos partes contratantes, el leasing inmobiliario es un «*contrato a tres*» (23), es «trilateral», puesto que en él «intervienen tres sujetos: el proveedor o vendedor del inmueble a la sociedad de “leasing”; la sociedad cedente del uso con opción de compra; y el cesionario-usuario» (24); «la unidad contractual empieza en la compra previa y termina —repito: en la fase de perfección del contrato—, en la cesión de uso y opción de compra» (25).

Las consecuencias registrales de esta unidad contractual son claras: «es necesaria la *inscripción en el Registro de la Propiedad* de ese contrato, como tal contrato unitario y no ya de algunas de las fases o prestaciones que lo integran» (26), «lo cual tampoco quiere decir

(18) MANZANO, *op. cit.*, p. 202.

(19) MANZANO, *op. cit.*, p. 216.

(20) MANZANO, *op. cit.*, p. 216-217.

(21) MANZANO, p. 248.

(22) MANZANO, p. 249.

(23) MANZANO, p. 217.

(24) MANZANO, p. 185.

(25) MANZANO, p. 216.

(26) MANZANO, p. 180.

necesariamente asiento único, pero sí solución a los problemas de integración del folio registral ante el acceso escalonado o por fases de un contrato que, no obstante, responde a una causa única» (27). «*Si la compra y la cesión de uso se formalizan simultáneamente, ... en la inscripción, pues, como unidad contractual que es, se recogerán en un solo asiento, tanto la compra, como la cesión de uso y el derecho de preferente adquisición del usuario*» (28), y el «Acta de Inscripción», «yo la redactaría de la presente forma, tratando de ser consecuente con cuanto he expuesto en el texto de mi Ponencia: “INSCRIBO el dominio de esta finca a favor de ... SOCIEDAD DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO, por título de compra-venta; e INSCRIBO a favor de ... los derechos de uso y opción de compra, sobre el mismo inmueble, por título de arrendamiento financiero (o, si se quiere por título de “leasing” inmobiliario) en los términos expresados». «En la exposición previa al Acta de Inscripción se habrían recogido todos los requisitos legales esenciales (especificaciones del usuario, afectación de los bienes, plazos, cuotas o cánones, etc.), así como las cláusulas inscribibles» (29). «*Si la venta se formaliza separada y previamente, ... debe recogerse el nombre del futuro usuario junto a la finalidad de la compra o adquisición... Esto me parece de la mayor importancia registral, pues, constatada en el asiento la finalidad de la compra y la persona del usuario, esta expresión registral funcionará como una restricción legal, al menos frente a los actos que pretendan su acceso registral y que sean incompatibles con el contenido legal del arrendamiento financiero. Pero es que, además, creo que los actos de adquisición de inmuebles por las Sociedades de “leasing” que no contengan la mencionada especificación no son inscribibles, por ir contra su objeto social exclusivo, que son aquellas operaciones y nada más. Lógicamente, habría que salvar las adquisiciones necesarias para el desarrollo de su actividad empresarial*» (30); el Acta de Inscripción diría: «INSCRIBO..., por título de compraventa, de cuyo uso se hará cesión separada, en arrendamiento financiero, a favor del futuro usuario, don...» (31).

Más recientemente, Manzano Solano ha insistido en sus ideas: «El “leasing” es un *contrato unitario con causa única*. La calificación de contrato complejo no es óbice para que también el “leasing” deba ser calificado de contrato unitario, pues aquella complejidad lo es sólo de orden morfológico, ya que, desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento, responde a una *unidad causal sustancial*, que va más allá de lo que pudieran ser las causas particulares de aquellas figuras o prestaciones aisladas: causa-mandato; causa-arrendamiento o

(27) MANZANO, pp. 180-181.

(28) MANZANO, p. 217.

(29) MANZANO, p. 261.

(30) MANZANO, p. 217.

(31) MANZANO, p. 261.

cesión de uso, causa-opción o de derecho de preferente adquisición; causa fiducia; etc. Esa causa única es la *causa-“leasing”* o *causa arrendamiento financiero* (si adoptamos la terminología de la Ley española), que tiene su traducción tanto en el período de perfección del contrato, reclamando *unidad documental* (lo cual no significa necesariamente documento único, pero sí interconexión de la compra previa y el contrato de “leasing” propiamente dicho), así como, tratándose del “leasing” inmobiliario, *unidad registral* (o integración de los distintos asientos del folio registral, para la plena producción de efectos respecto de terceros), como en el período de ejecución (de modo que el ejercicio del derecho de opción, por ejemplo, ha de ajustarse a las condiciones del contrato de “leasing” y no a las especificaciones del derecho de opción, tal como lo regula, si se trata de inmuebles inscritos, el art. 14 de Reglamento Hipotecario» (32).

La argumentación de Manzano, que he procurado recoger con sus mismas palabras y, aun a riesgo de reiteración, con todos sus matices, puede decirse que descansa en un solo fundamento: el leasing, que aunque complejo, es un contrato unitario, con una única causa; por ello tiene que inscribirse en su totalidad. Alude también Manzano como argumentos complementarios, a la exclusividad del objeto social de las sociedades de leasing, y de pasada, al tracto sucesivo. Fernández-Golfin, moderador del coloquio, hizo referencia a otro posible enfoque, el de la calificación registral: «Entonces, al quedar oculto para el Registro ese contrato, el problema es si la calificación registral puede alcanzar a la validez de ese contrato del que nace la opción de compra. O el ejercicio de la opción de compra como tal reúne los requisitos sustantivos o formales suficientes para cambiar la titularidad registral, sin necesidad de la inscripción. Yo creo que es un problema gravísimo» (33).

— IV —

La doctrina suele comenzar el estudio del leasing destacando el carácter complejo que la operación presenta en la realidad económica. Hay, en efecto:

- Unas relaciones previas del futuro cesionario del leasing con el propietario de la finca por un lado, y con la sociedad de leasing por otro, que se articulan en la realidad de muy variadas maneras.

(32) MANZANO SOLANO, Antonio: «Sobre la naturaleza jurídica del “leasing” o arrendamiento financiero»; *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 611, julio-agosto 1992, pp. 1783-1814; las palabras citadas, en p. 1814.

(33) FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio, en *op. cit.*, en nota 4, p. 251.

- Una compraventa, de ese propietario anterior (proveedor, en el leasing mobiliario) a favor de la Sociedad de leasing, del bien que va a ser objeto del leasing.
- Un arrendamiento, o en términos más generales, y más ajustados al concepto legal, una cesión del uso de dicho bien, por la Sociedad de leasing, ya propietaria, a favor del cesionario o usuario.
- Y una opción de compra del mismo bien a favor del usuario, al término del arrendamiento financiero.

Manzano Solano, como hemos visto, reconociendo esta complejidad, la reconduce a un contrato unitario, por responder a una unidad causal, que viene a llamar sencillamente causa-leasing. Su doctrina adquiere así un gran empaque —y una gran dificultad—, al entroncarse en el concepto fundamental de causa; y un enfoque que pudiéramos decir también muy actual, por la continua atención a los problemas de la causa que presta modernamente la Dirección General de los Registros; no olvidemos que, en última instancia el problema que nos ocupa acaba por tener una dimensión registral.

Es de advertir, sin embargo, que la mayor parte de las Resoluciones en que la Dirección General ha acudido al concepto de causa (Resoluciones de 2 y 25 de septiembre de 1990, y de 7 y 26 de octubre de 1992), se refieren a atribuciones patrimoniales a la masa ganancial o privativas realizadas en virtud de unos contratos entre cónyuges perfectamente válidos, pero en los que tampoco cabe expresarse confusamente, sin la debida concreción («*indiscrete loquitur*», que decía Paulo, Digesto 22.3.25.4), sin poner de manifiesto la causa genérica del artículo 1.274.1 del Código Civil, ya que algunos de los requisitos, y de los efectos, del negocio jurídico dependen de que su causa sea onerosa o gratuita. Y al referirnos a la «causa genérica», estamos poniendo de relieve que aquella pluralidad de funciones atribuidas a la causa por Federico De Castro (34), si no rompen, por lo menos modalizan el concepto único de causa. En este sentido, el mismo De Castro señala tres criterios para apreciar la causa, y junto a las causas «genéricas» de ese artículo 1.274 CC, coloca la causa «específica» derivada de la tipificación legal de los diversos negocios que contemplamos, y la causa «concreta» o apreciación individualizada de cada negocio no tipificado legalmente (35). Por su parte Díez-Picazo, dando un paso más, cree que «la delimitación del concepto de causa sólo es posible partiendo de una diferenciación y consideración como

(34) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «El negocio jurídico»; Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, 550 pp.; conf. p. 166.

(35) DE CASTRO, *op. cit.*, en la nota anterior, pp. 188-89.

causas distintas: a) Causa de la atribución. b) Causa de la obligación. c) Causa del negocio» (36). Y Amorós Guardiola logra una gran claridad combinando las dos posturas doctrinales que hemos indicado (37). Se trata, en efecto, de distinciones muy acertadas, sin que se rompa la unidad de concepto de causa, porque como dice Scognamiglio respecto a los negocios de atribución —y lo mismo ocurre en cuanto a las causas genéricas—, «se asiste aquí más bien a la revelación, siempre bajo el aspecto funcional, de una categoría de negocios que deben todos corresponder cuando menos a la función de la atribución: la cual constituye la síntesis, bajo este aspecto, de una serie de funciones más específicas» (38).

El concepto fundamental, que es además el que aquí nos interesa, es el de causa del negocio jurídico que, según la dirección objetiva dominante, y en la exposición de su principal defensor, Emilio Betti, es «el por qué», «la razón del negocio», su «función», por lo que «se identifica con la función económico-social del negocio entero», la «función económico-social que caracteriza el tipo del negocio», y se toma ante todo en consideración por el Derecho «como razón justificante de la garantía y sanción jurídica» (39). Ciertamente es que en el Derecho moderno, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano clásico (40), no hay unos tipos fijos de negocios, sino que los particulares, en uso de su autonomía de la voluntad —recordemos el artículo 1255 CC—, pueden dar vida a nuevos tipos de negocios, no previstos por el legislador; pero entre unos y otros supuestos hay una diferencia abismal —patente en la distinción entre causa específica y causa concreta de De Castro—, porque a falta de reconocimiento y tipicidad legal, el intérprete, y sobre todo el Notario, el Registrador y el Juez, a quienes está atribuido en sus respectivos ámbitos el control de la legalidad de los actos de autonomía privada, tienen que llevar a cabo una delicada labor para determinar si esa convención nueva responde a un interés práctico social merecedor de tutela jurídica y no choca con nor-

(36) Díez-PICAZO, Luis: «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», I, Madrid, Tecnos, 1970, 876 pp.; conf. p. 159.

(37) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «La causa del crédito hipotecario», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1980, 242 pp.; conf. pp. 26-28.

(38) SCOGNAMIGLIO, Renato: «Contratti in generale», Milano, Vallardi, 1961, 285 pp.; conf. p. 126.

(39) BETTI, Emilio: «Teoría general del negocio jurídico», traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 465 pp.; conf. pp. 133, 52, 141, 152 y 53).

(40) Los inconvenientes de la tipicidad aparecen prácticamente eliminados, sin embargo, en el Derecho romano, por la existencia de la *stipulatio*, a la que podían acogerse, dado su carácter abstracto, toda clase de prestaciones; conf. BIONDI, Biondo: «Contratto e stipulatio», Milano, Giuffrè, 1953, 385 pp; especialmente. pp. 21-22 y 325.

mas imperativas del Ordenamiento Jurídico; por el contrario, esta labor resulta impedida —incluso al Juez— cuando es la misma Ley la que recibe en el Ordenamiento una nueva figura jurídica, con todas sus peculiaridades y características. De aquí la importancia que ese reconocimiento en la Ley 26/1988 tiene para una categoría negocial como el leasing, nacida en un sistema jurídico, el norteamericano, tan distinto al de la Europa continental, cuyos esquemas con frecuencia chirrían al entrar en contacto con nuestros principios e instituciones (41). Considero también importante hacer resaltar que, como ha advertido Lipari, ese reconocimiento legal no puede llevarnos a «reducir el fenómeno nuevo... dentro del lecho de Procasto de categorías jurídicas rígidas y ya conocidas» (42); antes al contrario, como quería en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral Constancio Núñez Ruiz, ante una figura negocial nueva como el leasing «hace falta ser muy abierto y muy prudente», y pronunciarse por la «máxima apertura», «porque el afán de precisar demasiado puede ocasionar que cerremos demasiado este fenómeno de creación» (43).

Ahora bien, en la dogmática moderna la causa no se refiere sólo a los «contratos», como en Domat y Pothier, y en nuestro Código Civil, sino en general a los negocios jurídicos; y aun así el ámbito acotado resulta estrecho, porque la Ley puede recoger bajo una única causa, una realidad económica compleja, sin descender a que ella pueda o no articularse, y se articule jurídicamente, como un sólo negocio complejo, o bien como una serie de negocios o actos jurídicos independientes, negocios que tendrán cada uno su propia causa, y que pueden estar o no estar coligados entre sí; supuesto éste en el que, como dice Castiglia, «varios negocios vienen estipulados juntamente por las mismas partes, como instrumento de una compleja, pero unitaria, iniciativa económica de cambio» (44). Aparte de que la cuestión de la unidad o pluralidad de negocios que ahora nos interesa, no depende solamente de la causa, sino de las disposiciones de la Ley, que pueden unificar o disgregar las realidades económicas o, en general, sociales; de una uniformidad o diversidad subjetiva; y también de la voluntad de las partes, cuyo

(41) Piénsese, como ejemplo más palmario, en la prohibición del pacto comisorio en los derechos de garantía del artículo 1859 del Código Civil, inoperante frente al leasing aunque éste se considerara como una venta en garantía; conf. PURCARO, Dario: «Il "sale and lease back" in relazione al divieto di patto commissorio», pp. 43-54 del volumen «Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia», en «91 — Quaderni di giurisprudenza commerciale», Milano, Giuffrè, 1988, 180 pp.

(42) LIPARI, Nicolò: «Leasing e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali», pp. 67-78 de los «Quaderni» citados en la nota anterior; conf. p. 69.

(43) Conf. «Ponencias y Comunicaciones» citadas en nota 2, p. 404.

(44) CASTIGLIA, Giuseppe: «Negozii collegati in funzione di scambio», pp. 397-438 de la *Rivista Di Diritto Civile*, 1979, Parte Seconda; conf. p. 404.

consentimiento ha de recaer «sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» (art. 1.262.1 CC) y que, aun siendo diversas las causas, también pueden unir varios contratos, con dependencia bilateral o unilateral, o en forma alternativa, como enseñaba Ennecerus (45).

En el caso del leasing aquella compleja descripción inicial se refiere siempre a la realidad económica: «noción económica» que, por ejemplo, dice expresamente Giovanoli (46); «no obstante, escribe entre nosotros Sánchez-Parodi, en su vertiente jurídica esta operación económica se estructura mediante dos relaciones que inciden sobre el mismo objeto» (47). No nos interesa aquí la posición concreta de Sánchez-Parodi, sino su afirmación general de que una operación económica puede estructurarse mediante varias relaciones jurídicas; siempre, claro es, que el carácter complejo de aquélla lo haga posible. Pues bien, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, al reconocer el leasing, comienza utilizando un concepto económico, el de «operaciones», pero alejándose de su precedente de 1977 no se mantiene en este plano económico, sino que pasa seguidamente al propiamente jurídico y habla de «contratos»: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles...»; lo que; incluso literalmente, no impide que otros contratos puedan integrarse en la misma operación económica, sino que lo supone.

¿Cuál es la causa única que legitima para la Ley 26/1988 la compleja operación económica del leasing?; ¿cuál es su función económico-social?; evidentemente no es otra que la financiación de las empresas: la función de financiación llega, también entre nosotros, a la misma denominación de arrendamiento «financiero»; las Sociedades de leasing son entidades de crédito; las operaciones de arrendamiento financiero pueden ser desarrolladas, a partir del 1 de enero de 1990, por las entidades oficiales de crédito (DA 7.^a-10); y sin que sea necesario insistir más, el carácter crediticio del leasing está unánimemente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia; en ello —en la intermediación financiera— y no en las cuestiones de detalle que a menudo se

(45) ENNECERUS, Ludwig: «Derecho de Obligaciones», traducción española. Volumen Segundo, Barcelona, Bosch, 1944, pp. 6-7. Conf. CARIOTA FERRARA: «Negocios que tienen nexos con otros por disposición de la ley» (p. 262). «Negocios ligados por voluntad de las partes» (p. 263); CARIOTA FERRARA, Luigi: «El negocio jurídico», traducción española, Madrid, Aguilar, 1956.

(46) GIOVANOLI, Mario: «Le crédit-bail (leasing) en Europe: developpment et nature juridique», París, 1990, 1980, 530 pp.; conf. pp. 9 y ss.

(47) SÁNCHEZ-PARODI, *op. cit.*, en nota 11, p. 172.

enumeran (48), se encuentra la distinción entre el leasing operativo, que queda fuera de nuestro estudio, y el leasing financiero (49) y así lo ha expresado la STS de 10 de abril de 1981, la más importante en tema de leasing (50). El significado que al respecto ha tenido la Ley 26/1988 se pone de manifiesto en la opinión de García Solé (51) y en la evolución del pensamiento de Cabanillas Sánchez, que en 1982 exponía y combatía las ideas de Giovanoli, proclamando el carácter arrendaticio del leasing (52) y, tras 1988, se impuso la tarea de «reconsiderar» desde la perspectiva eminentemente crediticia de la nueva Ley sus anteriores posiciones, para afirmar que existe una «auténtica *fiducia cum creditore*» (53).

(48) Conf., por ejemplo, DE LA VIÑA MAGDALENA, José Luis: «El "leasing" como medio de financiación de la empresa: su problemática», Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de abril de 1975, publicada en sus «Anales», XXI (Edersa, 1978), pp. 210-66, especialmente p. 229; y «El "leasing" financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes», Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Registral (San Juan de Puerto Rico, 1977), publicada en pp. 75-110 del volumen conteniendo las «Ponencias y Comunicaciones» del mismo, editado por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Hipotecarios, 1978: ver pp. 83-84.

(49) Actualmente, sin embargo, la distinción resulta, según CARRETTA, «de más difícil apreciación», al ser «difícilmente encuadrable en una estructura lógica estática»; «una rígida contraposición entre l. como servicio y l. como instrumento financiero, aparece por tanto escasamente significativa». Conf. CARRETTA, Alessandro: «Planificazione e controllo di gestione nell'attività di leasing. Aspetti concettuali e metodologici», pp. 23-50 (las palabras citadas, en p. 33) del libro colectivo «Il leasing. Aspetti economici, finanziari e commerciale», por Roberto RUOZI, Alessandro CARRETTA y Antonio DE MARTINI, Milano, Giuffrè, 1981, 171 pp.

(50) Considerando cuarto: «A diferencia del denominado "leasing operativo", que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el "leasing financiero" o "leasing" propiamente dicho, especie que es usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas...».

(51) GARCÍA SOLÉ, Fernando: «Creemos que esta calificación (de la Ley 26/88) como Entidades de Crédito clarifica cuál es la verdadera función de las Entidades de Leasing y por ende del contrato de Arrendamiento financiero que, como venimos sosteniendo, es un contrato de naturaleza estrictamente financiera»; en p. 1068 de su trabajo «La subrogación en los derechos de la compañía de Leasing frente al proveedor o vendedor», *Actualidad Civil*, 1989, Ref. 299, pp. 1057-71.

(52) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1982, pp. 41-120, especialmente pp. 58-66.

(53) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La configuración del arrendamiento financiero (LEASING) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1991, pp. 961-1018; las palabras citadas, p. 983.

Posiblemente sea Leo el autor que ha intentado construir con mayor rigor el leasing como negocio de crédito (54). La «única prestación de una suma de dinero tomada en consideración en el leasing» —nos dice—, consiste en «los pagos debidos por el usuario» (55); estos pagos no son rentas, ni plazos del precio de una compra ni, claro es, una liberalidad (56): «Por tanto, un incremento reconducible sólo a una atribución crediticia. Una atribución crediticia que, no realizándose a través de los pagos, dada la obvia inexistencia de una obligación de restitución a cargo de la Sociedad de “leasing”, es necesariamente presupuesta por ellos como efectuada por la Sociedad de “leasing” a favor del usuario. Una atribución crediticia, pues, respecto de la cual los pagos se configuran inequívocamente como actos de cumplimiento de la obligación de restituir el *tantumdem*» (57) que tiene todo prestatario o acreditado. Ello «hace surgir una complejidad de estructura manifiestamente superior a la generalmente considerada» (58), porque «excluido que los tiempos —y el importe total— de los pagos dependan de la duración del goce» (59) como en el arrendamiento, «es de necesidad que sea la duración del goce la que se manifiesta dependiente de la duración del período dentro del cual deben ser efectuados los pagos» (60), y «puesto que éstos —integrando la restitución del *tantumdem*—, son a su vez dependientes de la concesión del crédito, de ésta resulta también, por propiedad transitiva, la atribución del goce» (61). «De ello deriva —añade por otra parte Leo—, que también deben ser reconducidas a particularidad de la concesión del crédito las connotaciones propias —y entre sí significativamente correlacionadas—, sea del goce, sea de los pagos: el tener el goce por objeto bienes *adquiridos* a elección del futuro usuario y en condiciones que él mismo ha indicado o aceptado; el ser medidos los pagos por el precio de *adquisición* de tales bienes. Pero esto significa que debe ser reconducido también a la concesión del crédito el acto que determina estas connotaciones: el acto de adquisición de los bienes. Acto que la falta de percepción del recurso a una concesión de crédito, ha inducido a considerar como extrínseco respecto a la estructura del “leasing” y que, por el contrario, resulta elemento constitutivo del mismo» (62). «La adquisición de los bienes se configura, por tanto, no como simple presupuesto de la

(54) LEO, Ezio María: «L'essenza del credito e il “leasing” finanziario», *Rivista delle Società*, enero-febrero 1978, pp. 61-119.

(55) LEO, p. 108.

(56) LEO, pp. 108-114.

(57) LEO, pp. 114-15.

(58) LEO, p. 115.

(59) LEO, p. 113-14.

(60) LEO, p. 114.

(61) LEO, p. 115.

(62) LEO, p. 115.

atribución del goce y de los pagos, sino como verdadera y propia prestación de la sociedad de “leasing”, que no sólo se añade a la crediticia, sino que la integra y la especifica» (63); por ello «se hace necesario implicar también en el “leasing” el interés de un sujeto distinto de la sociedad concedente y del usuario. Que no puede ser otro que el vendedor de los bienes.= Lo que equivale a decir que en el “leasing” se realiza una concesión de crédito no destinada sólo a financiar una adquisición, sino destinada también a financiar la enajenación correspondiente»; «la primera enajenación no tiene otra razón de ser sino la de hacer posible la segunda» (64); hay, pues, una «financiación simultánea de la adquisición y de la enajenación», de la que deriva «el coligamiento necesario —diría, el recíproco compenetrarse—, del momento crediticio con el de cambio», y por tanto, «el realizarse de la función de intermediación en la circulación de capitales, propia del financiador, viene a quedar subordinada también a la asunción de la función —completamente peculiar—, de la intermediación en la circulación de los bienes por él financiados» (65).

En resumen, pues, y aun a riesgo de simplificar la más rigurosa doctrina unitaria que conocemos, de base, claro es, financiera, para Leo los pagos que verifica el usuario a la Sociedad de leasing durante la vigencia del arrendamiento financiero, no son otra cosa que la devolución del *tantumdem* —del «otro tanto de la misma especie y calidad», que dice el artículo 1740 del Código Civil—, obligación fundamental de todo prestatario o acreditado. Pero ¿cuándo y cómo recibió el usuario de la Sociedad de leasing lo que así tiene que devolver?; sencillamente, mediante la compra al proveedor o propietario, por parte de la Sociedad de leasing, de la cosa que va a dar al usuario en arrendamiento financiero. La soldadura de todos los elementos resulta, así, perfecta. También, más concisamente, Clarizia: «Individualizados los caracteres de la financiación (utilidad del bien, restitución del *tantumdem*, esencialidad de la duración) su concurrencia en la causa del contrato singular tomado en consideración por el intérprete legitima su inclusión en la amplia categoría de los contratos de financiación, distintos de aquéllos con causa de cambio o de goce» (66).

La unidad de la causa, como anticipábamos, solamente se refiere, sin embargo, a la compleja realidad económica, que puede estructurarse en una pluralidad de contratos distintos, con causas negociales también distintas; y que en muchas ocasiones tiene que hacerlo, como ocurre en nuestro caso, por la diversidad y voluntad de las partes.

(63) LEO, p. 116.

(64) LEO, p. 117.

(65) LEO, p. 118.

(66) CLARIZIA, Renato: «I contratti di finanziamento: “leasing” e “factoring”», pp. 11-19 de los «Quaderni» citados en nota 41; las palabras citadas, en p. 17.

Es preciso, como dice Rescio, «llamar la atención sobre el peligro de abuso del análisis económico del contrato» (67); «la función no es todo; y las normas que disciplinan los singulares contratos típicos no están enteramente ligadas al dato funcional; hay allí muchas de ellas inspiradas en razones de orden estructural. Se pueden, en efecto, observar estructuras diversas, teniendo disciplinas (parcialmente) diversas, poseyendo sin embargo la misma o análoga función: así como el uso de una estructura para una función diversa de la típica, no comporta la automática y total desautorización de la respectiva disciplina» (68).

Todo ello en manera alguna supone una novedad en nuestra doctrina. Cuesta Rute, autor, sin duda de los primeros, de un magnífico trabajo sobre el leasing (69), expresamente proclama «el carácter del “leasing” como operación de crédito», y «la primera y principal» consecuencia que de ello hay que extraer «es que en una observación desde el campo del Derecho, el “leasing” se reconduce a la general categoría de la instrumentación jurídica de las operaciones de crédito» (70); y sin embargo, acaba defendiendo «la posibilidad de calificar estructuralmente el “leasing” como negocio fiduciario», como una fiducia *cum creditore*» (71); y pocos años después, dando un paso adelante, Vidal Blanco escribió: «la aplicabilidad al contrato de “leasing” de la figura del contrato mixto no se acaba de ver clara, porque no se trata de un contrato único o aislado, sino de varios, cuyo acoplamiento persigue como finalidad el concertar una operación financiera» (72).

Confirmemos este estudio teórico con la consideración de esos diversos contratos que integran la operación económica del leasing.

— V —

En aquellas introducciones descriptivas con las que los autores suelen abordar el estudio del leasing, nunca falta la referencia a las

(67) RESCIO, Giuseppe Alberto: «La traslazione del rischio contrattuale nel leasing». Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. 299 pp.; las palabras citadas, en p. 154.

(68) RESCIO, p. 155.

(69) CUESTA RUTE, José María de la: «Reflexiones en torno al “leasing”». *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 118, octubre-diciembre 1970, pp. 533-619. Le precedió Antonio REVERTE NAVARRO: «El contrato de leasing», Universidad de Murcia, 1968. 36 pp.

(70) CUESTA RUTE, p. 542.

(71) CUESTA RUTE, p. 607.

(72) VIDAL BLANCO, Carlos: «El “leasing”. Una innovación en la técnica de la financiación». Ministerio de Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales — Instituto de Planificación Contable. Madrid, 1977, 386 pp. (Tesis Doctoral — mayo 1976 — Universidad Complutense — Madrid); las palabras citadas, en pp. 129-130.

variadas relaciones que suelen tener lugar con anterioridad a la compra del bien por la Sociedad de leasing, y a su dación en leasing al usuario.

No son especialmente significativas las relaciones entre la sociedad de leasing y el vendedor; y tampoco las que tienen lugar entre aquélla y el usuario; son los normales tratos o precontratos que pierden toda su trascendencia, incluso la interpretativa —artículo 1282 CC— cuando los respectivos contratos llegan a celebrarse.

Pero sí merecen especial atención aquellas relaciones entre el que pretende tomar la cosa en leasing y el propietario de la misma, que suelen tener lugar incluso antes de que el primero se haya puesto en contacto con la Sociedad de leasing; hasta el punto de que tales relaciones afloran, incluso, al concepto legal, que indica que la adquisición del bien «se hará según las especificaciones del futuro usuario» (DA 7.^a-1).

La doctrina había venido estudiando con detenimiento estas relaciones iniciales entre el propietario del bien y el futuro usuario; ¿tendrán alguna incidencia jurídica en la compra del bien, una vez que ésta se haya verificado por la Sociedad de leasing?; ¿afectarán en algún modo a la Sociedad de leasing?

Se quiso detectar por algunos un mandato no representativo —o una comisión mercantil— conferido por el usuario a la Sociedad de leasing, lo que explicaría que ésta no respondiera de los vicios, ni de la inidoneidad, de una cosa que había sido elegida por el mandante; y desde un punto de vista más general, también explicaría que los efectos de la compra del bien se produjeran, conforme al artículo 1717 del Código Civil, entre el mandatario (la Sociedad de leasing) y la persona con la que éste contrató (el propietario o proveedor), sin que el mandante —el usuario—, tuviera acción contra el vendedor, ni éste contra el usuario. Pero la doctrina desconoce la realidad de las relaciones entre usuario y vendedor, y fracasa al no explicar por qué el mandatario no transfiere al mandante toda su posición contractual, todos sus derechos; y entre ellos la propiedad de la cosa comprada.

También se intentó invertir los papeles, de manera que la Sociedad de leasing fuera el mandante, y el usuario el mandatario, cuando en la realidad las relaciones de éste con el vendedor suelen ser anteriores a su toma de contacto con la Sociedad de leasing; y llegado el momento de la compra, ésta tendría que verificarse por el usuario en nombre de la Sociedad de leasing si el mandato era representativo, o en nombre propio si no lo era; soluciones ambas contrarias a la realidad.

Y finalmente se quiso construir una promesa unilateral de venta entre propietario y usuario, a favor de persona a determinar (la Sociedad de leasing).

La doctrina hace tiempo que ha abandonado estas artificiosas teorías, que en nada responden a la realidad, y se limita a hablar de relaciones iniciales, previas, preparatorias, precontractuales o prenegociales,

carentes de relevancia jurídica (73). El mismo Manzano: «la unidad contractual empieza con la compra previa» (74).

Las relaciones iniciales entre el usuario y el propietario del bien carecen, pues, en general, de relevancia jurídica; pero aunque la tengan en el caso concreto —como el objeto de la STS de 26 de junio de 1989—, quedan fuera de aquél contrato unitario de leasing, lo que pone en entredicho la unitariedad del contrato de leasing tan ampliamente entendido. Pero la cuestión es mucho más grave para la tesis unitaria, porque sólo a través de esas relaciones previas se ponen en contacto el usuario y el proveedor, y sólo a través de ellas pueden comunicarse el contrato de compraventa con la cesión de uso y opción de compra; si prescindimos de esas relaciones previas, la pretendida unidad del contrato de leasing quedará irremediabilmente dividida en dos contratos —o en tres, si el usuario llega a ejercitar la opción de compra—, porque aparte de un coligamiento voluntario que raras veces se da, el único camino para vincular al usuario con la compra del bien por la Sociedad de leasing se encuentra precisamente, como bien vio Cuesta Rute (75), en aquellas relaciones iniciales del usuario con el vendedor; que, por otra parte, aunque les obligaran, nunca serían inscribibles en el Registro de la Propiedad.

(73) ILLESCAS ORTIZ: «relaciones previas» a la «celebración del contrato de leasing» (p. 81), «que las partes contratantes podrán no llevar a cabo», y que no incluye en «el núcleo central del contrato de leasing» (p. 108). Conf. ILLESCAS ORTIZ. Rafael: «El “leasing”». Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», *Revista de Derecho Mercantil*, número 119, enero-marzo 1971, pp. 73-114.

MARTÍN OVIEDO, (*op. cit.*, en nota 8): «operación preparatoria» (p. 33); «esta primera etapa del “leasing” carece de sustantividad jurídica, ya que no constituye un negocio jurídico, sino un mero acto preparatorio de aquél, exactamente una oferta o propuesta de contrato, pero nada más» (p. 34). Insiste en su *op. cit.*, en nota 9: «una auténtica fase prenegocial» (p. 1053) que «carece en sí de relevancia jurídica» (p. 1072).

DE LA VIÑA: fase «preparatoria» en la que, «en la mayoría de los casos, no se traspasan las fronteras de los meros tanteos o tratos preliminares, comunes a todos los contratos, que carecen de fuerza vinculante alguna» (*Anales*, pp. 234 y 236; Ponencia, pp. 90 y 91-92; *ops. cit.* en nota 48).

SÁNCHEZ PARODI: «etapa inicial»; «simples tanteos, o tratos preliminares» (*op. cit.*, en nota 11), p. 118).

AMORÓS GUARDIOLA: «relaciones precontractuales», *op. cit.*, en nota 2, p. 801.

(74) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 25.

(75) CUESTA RUTE: «en realidad, no existe más negocio básico o fundamental en el “leasing” que el de compraventa (en su doctrina, la compraventa del bien por el usuario). Todas las demás técnicas —incluido el arrendamiento de cosas— tienden únicamente a dar forma a las rectificaciones de las consecuencias que “naturalmente” se derivarían por la participación del usuario en la fase de perfección y ejecución de la compraventa, para evitar que pueda estimarse como asunción por su parte de la posición de la compradora» (p. 557).

— VI —

El paso siguiente es la compra del inmueble que va a ser dado en leasing; ¿formará ya esta compra parte del contrato de leasing?

La cosa que va a ser objeto del leasing no pertenece, en efecto, con anterioridad a la Sociedad de leasing, salvo que por cualquier causa no hubiese llegado a adquirirla un usuario anterior (DA 7.^a-I.1). Tampoco pertenece al usuario, puesto que el *leasing back* es una institución distinta, con una función económica distinta, la obtención de liquidez por parte del usuario. La cosa, el inmueble, pertenece por tanto a un tercero, de manera que, excluidos los tratos previos, la operación económica del leasing comienza con la adquisición de la cosa a su propietario, por parte de la Sociedad de leasing, por medio del oportuno contrato de compraventa.

Pues bien —adelantando nuestra opinión— esta compra es un negocio jurídico previo al contrato de leasing; no forma parte del contrato de leasing; de manera que el leasing es un contrato bilateral, celebrado entre dos personas, la Sociedad de leasing y el tomador del leasing; y esto es esencial para el propietario vendedor (el llamado «proveedor», por pensarse exclusivamente en el leasing mobiliario), ya que en otro caso le alcanzarían las consecuencias del incumplimiento por parte del usuario de verificar sus pagos periódicos a la Sociedad de leasing que podrían llegar a la resolución del leasing y de la compra, cuando él entendió que vendía en firme. Y es también esencial para la Sociedad de leasing, que no puede responder de la adecuación ni de los vicios de una cosa que ha sido elegida por el usuario.

Ya hemos visto, sin embargo, que para Manzano «la unidad contractual (del leasing) empieza en la compra previa», de manera que el leasing inmobiliario es «un contrato a tres», es «trilateral», puesto que en él «intervienen tres sujetos: el proveedor o vendedor del inmueble a la Sociedad de “leasing”; la sociedad cedente del uso con opción de compra; y el cesionario-usuario» (76).

La doctrina de la trilateralidad no es nueva entre nosotros. Ya Cuesta Rute sostuvo el «carácter triangular» del leasing (77), en contra del «seccionamiento de la operación en dos relaciones jurídicas que se establecen, intentando fundamentar que el usuario, por no ser parte en el contrato de compraventa de la cosa, que se concluye entre el fabricante vendedor (sólo se refiere al leasing mobiliario) y la empresa de “leasing”, sólo tiene derecho a usarla por virtud del contrato de arrendamiento que le vincula con la empresa financiera» (78); pero

(76) MANZANO, V. Notas 25, 23 y 24.

(77) CUESTA RUTE, *op. cit.*, en nota 69, p. 543.

(78) CUESTA RUTE, p. 543-44.

«la teoría de la incomunicación entre los dos contratos debe rectificarse inmediatamente si se quieren justificar las “sustanciales mutaciones” respecto del arrendamiento clásico que conoce el existente entre la financiera y el usuario. De hecho, la incomunicación entre los dos contratos sólo se utiliza para negar que pueda comprometerse el dominio de la cosa, abandonando la teoría para todas las demás cuestiones» (79). también Coillot, cuya traducción se difundió mucho entre nuestra doctrina, afirmó que «se puede reprochar a la expresión *crédit-bail* que deja completamente a la sombra el contrato de compra entre la sociedad de leasing y el proveedor» (80), «deja de lado el papel del fabricante que, en justicia, puede ser considerado como el tercer componente del contrato de leasing» (81). «El papel del fabricante —concluye— aunque menos importante que el de las otras partes, no debe ignorarse. El productor de bienes de equipo es quien a menudo toma la iniciativa de los contactos iniciales entre la sociedad de leasing y sus clientes. Si ignora el contrato entre el arrendatario y la sociedad de leasing, conoce, sin embargo, obligatoriamente, al arrendatario, e incluso tendrá todas las oportunidades de concluir la venta ejerciendo su influencia comercial únicamente sobre él, ignorando o casi desconociendo a la sociedad de leasing. En relación al arrendatario, conoce todas las modalidades del contrato de compra que él mismo ha negociado. Finalmente, este arrendatario, asegurando la carga de la recepción del material y mejorando las garantías, permanece en relación directa con el fabricante después de la compra» (82).

En el mismo sentido, antes hemos resumido la posición de Leo: «La adquisición de los bienes se configura, por tanto, no como simple presupuesto de la atribución del goce y de los pagos, sino como verdadera y propia prestación de la sociedad de “leasing”»; por ello «se hace necesario implicar también en el “leasing” el interés de un sujeto distinto de la sociedad concedente y del usuario. Que no puede ser otro que el vendedor de los bienes. Lo que equivale a decir que en el “leasing” se realiza una concesión de crédito no destinada sólo a financiar una adquisición, sino destinada también a financiar la enajenación correspondiente» (83). Y en la misma dirección José María de Prada: «el contrato de “leasing” difícilmente puede construirse como una pluralidad de contratos diversos, incluso funcionalmente unidos entre sí. El tipo contractual “leasing” es más bien un negocio complejo con una causa única que es la de financiar el uso de la cosa por el tomador del

(79) CUESTA RUTE, p. 544.

(80) COILLOT, J.: «El leasing»; traducción española de Tomás PÉREZ RUIZ; Editorial Mapfre, 4.^a edición, 1979, 331 pp.; las palabras citadas, en p. 91.

(81) COILLOT, p. 92.

(82) COILLOT, p. 97.

(83) LEO. *loc. cit.* en notas 63 y 64.

“leasing” y su eventual adquisición si ejercita el derecho de opción, así como la enajenación y cobro del precio por el propietario del bien» (84); por ello, «la primera parte del “leasing” consiste en la adquisición por parte de la Sociedad de “leasing” de la cosa objeto del contrato» (85).

Son muy significativas las doctrinas que pudieran resultar contradictorias entre la bilateralidad y la trilateralidad. Buen ejemplo lo constituyó en su día el trabajo de Chuliá-Beltrán: «si se tiene en cuenta únicamente el contrato de leasing (las partes) en principio serían dos, la Empresa de leasing y el usuario. El proveedor no es parte en este contrato, por el único hecho de que la Sociedad de leasing adquiere el bien objeto del contrato para arrendarlo. Pero si a continuación se tiene en cuenta que hay una serie de cláusulas en el mencionado contrato que le conciernen directamente, como son las de exoneración y subrogación ... cabría considerarlo “trilateral”. Las partes, por tanto, en la relación jurídica de leasing son tres: proveedor, Empresa de leasing y usuario» (86); pero al final las dudas se disipan; bajo la rúbrica «Dualidad de contratos», afirman: «Hay, pues, “dos relaciones contractuales paralelas”, por un lado el propio contrato de leasing que liga a la sociedad con el usuario, y por otro el contrato de compra entre la sociedad de leasing y el proveedor vendedor; no obstante —las dudas vuelven— y como se observa, existen una serie de interrelaciones entre los tres sujetos que haría deseable que los tres estuvieran ligados en el mismo contrato» (87).

Mucho más estudiada es la posición de Amorós Guardiola: el leasing «se nos aparece como una realidad compleja»; «son tres los negocios jurídicos que resultan del contrato de “leasing”: compraventa, cesión de uso o arrendamiento financiero, opción de compra; actos distintos entre sí, de diferente naturaleza y efectos, pero que integran el contenido de la relación jurídica derivada de este contrato» (88). «Admitido el carácter unitario del “leasing”, a pesar de la complejidad de su contenido, porque estos tres actos jurídicos no son independientes entre sí ni pueden ser considerados en forma aislada, sino que constituyen etapas de un proceso contractual más amplio del que forman parte tanto por su origen como por su finalidad, debemos afirmar la existencia de una única relación negocial en esta figura, en la cual intervienen tres personas. Si bien la posible formalización sucesiva y separada de estos actos y su distinta eficacia intersubjetiva y jurídico-real,

(84) PRADA, *op. cit.*, en nota 13, p. 649.

(85) PRADA, p. 651.

(86) CHULIÁ VICENT, Eduardo, y BELTRÁN ALANDETE, Teresa: «Aspectos jurídicos de los contratos de leasing», Barcelona, Bosch, 1989, 226 pp.; las palabras citadas, en p. 41.

(87) CHULIÁ y BELTRÁN, p. 46.

(88) AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, en nota 2, p. 801.

puede modificar en la práctica aquél esquema unitario en su proyección registral» (89). Pero esta unidad total, tan dificultosamente sostenida, termina fracasando en Amorós: «La previa compra del inmueble por la sociedad de “leasing” supone una compra normal y corriente. Aunque la adquisición se haga con el propósito, muchas veces explícito en la escritura, de ceder el inmueble que se adquiere en régimen de “leasing”, y aunque ese propósito resulte implícito del propio objeto social exclusivo de la sociedad de “leasing”, entiendo que tales finalidades no implican un condicionamiento en la compraventa, ni la modalizan, ni afectan a su causa onerosa típica. De manera que la compra así realizada podrá inscribirse normalmente, sin especialidad objetiva alguna» (90). ¿Se puede ya «afirmar la existencia de una única relación negocial en esta figura, en la cual intervienen tres personas»?

Esta doctrina última de Amorós, que excluye del leasing la compra previa, tiene la forzosa consecuencia de proclamar su bilateralidad, en cuanto que es concertado por dos solas partes: la Sociedad de leasing y el usuario. Y ha sido siempre la concepción dominante en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia.

Recordemos, en la doctrina, a Illescas: la compra previa puede faltar, en el caso de que el bien sea ya propiedad de la Sociedad de leasing (91), y en todo caso pertenecería a la fase de «ejecución del contrato» (92), mientras que «núcleo central del contrato de leasing es un arrendamiento» (93). Según Martín Oviedo «se trata de un contrato de compraventa típico de los contemplados por el artículo 1.445 del Código Civil» (94), un «negocio, complementario del leasing y que en puridad, constituye desde la perspectiva de éste un acto de ejecución del mismo, es en sí una compraventa» (95). Rico Pérez: los elementos personales del leasing «se pueden reducir a dos: ... el empresario, o empresa dedicada a esta actividad, y el usuario» (96). Vidal Blanco: hay una «trilogía contractual»; «hay tres figuras implicadas: —Un contrato de mandato. —Un contrato de compraventa. —Un contrato de arrendamiento...» (97); en cuanto a la compra, «se trata de un contrato de compra-venta típico» (98), en el que «concurren algunas

(89) AMORÓS, pp. 801-2.

(90) AMORÓS, p. 842.

(91) ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, en nota 73, p. 108.

(92) ILLESCAS, p. 80.

(93) ILLESCAS, *loc. cit.*, en nota 91.

(94) MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, en nota 8, p. 34.

(95) MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, en nota 9, p. 1054.

(96) RICO PÉREZ, *op. cit.*, en nota 10, p. 54.

(97) VIDAL BLANCO, *op. cit.*, en nota 72, p. 130.

(98) VIDAL BLANCO, p. 97.

especialidades», lo que «no impide que la compra ... pueda configurarse como un contrato de compraventa típico, puesto que dichas condiciones especiales no desvirtúan tal carácter» (99). Cabanillas: «La circunstancia de que el mismo esté precedido normalmente por la compraventa celebrada por el suministrador de los bienes y la sociedad de “leasing”» (100), de manera que la compraventa «precede» y sólo «normalmente» al leasing. Y Sánchez-Parodi —para no cansar más—, dedica un apartado especial a combatir la «pretendida trilateralidad del negocio», «pues si bien en el plano económico estos tres intereses (los del fabricante, el concedente y el usuario) confluyen en la operación trilateral de leasing», «ello no obstante, en su vertiente jurídica esta operación económica se estructura mediante dos relaciones que inciden sobre el mismo objeto» y «surge, de una parte, la que se establece, en su caso, entre el fabricante y la sociedad concedente, y de otra la que vincula a ésta y al usuario». «En consecuencia —concluye—, cuando la función económica se juridifica, se escinde en dos contratos independientes y complementarios sin que pueda hablarse, por tanto, de trilateralidad en sentido técnico» (101). Y entre los extranjeros Rescio: «El leasing es contrato bilateral: en el sentido de que viene concluido por dos partes (concedente y usuario) y en el sentido más pleno de que produce efectos obligatorios a cargo de los contratantes ... Si bien en la operación económica participan regularmente tres sujetos, dada la normal presencia de un tercero proveedor del bien, existe un amplio consenso en torno a la estructura bilateral del leasing, respecto a cuyo contrato, el proveedor permanece “tercero”» (102).

En la jurisprudencia, la misma posición puede deducirse de las sentencias que reconocen la tercería de dominio a favor de la Sociedad de leasing cuando el bien ha sido embargado por deudas del usuario (STS de 10 de abril de 1981), o que la rechazan por pensar que el arrendamiento financiero era simulado, y que la verdadera intención de los contratantes fue la de otorgar un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos (STS de 28 de mayo de 1990); y ha sido expresamente proclamada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 22 de mayo de 1992: «Aunque en su función económica el “leasing” o “arrendamiento financiero” ... viene a conjugar y satisfacer tres distintos intereses subjetivos —el del usuario de acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente, el del fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero—, desde el punto de vista

(99) VIDAL BLANCO, p. 140.

(100) CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, en nota 52, p. 63.

(101) SÁNCHEZ-PARODI, *op. cit.*, en nota 11, pp. 169-173.

(102) RESCIO, *op. cit.*, en nota 67, p. 161.

jurídico la puesta en relación de estos tres órdenes de intereses no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la conclusión de dos contratos, perfectamente diferenciados y dependientes entre sí por su confluencia en una misma operación económica: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario, y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero por el que aquella sociedad cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato; siendo de significar aquí que frente a la sociedad de leasing, que es parte en los dos contratos, el fabricante o proveedor tan sólo lo es en el de compraventa, y el usuario en el de arrendamiento financiero».

Habría podido observarse —las citas que hemos hecho de Coillot son bien ilustrativas (103)—, que la tesis de la trilateralidad es referida, explícita o implícitamente, por sus mantenedores, en la generalidad de los casos, al leasing mobiliario; es el «fabricante», el «proveedor» de bienes de equipo o de consumo duradero quien en ocasiones entra en contacto con una sociedad de leasing para facilitar la salida de sus productos, lo mismo que puede hacerlo con un Banco o Caja de Ahorros, o con una Sociedad de Seguros. En materia de inmuebles es poco probable, aunque no imposible, que ello ocurra. Pues bien, en una consideración puramente económica podrá decidirse entonces que en la operación de leasing hay tres personas interesadas, el proveedor, la Sociedad de leasing y el usuario; que es una operación trilateral, unitaria. Pero jurídicamente ello no parece posible ni aun en el caso de que se defienda que el leasing es un negocio de financiación; y en este sentido ya Giovanoli rechazó aquellas doctrinas que consideraban como uno de los caracteres esenciales del leasing «su estructura triangular», su «estructura trilateral», porque aunque en el plano de las motivaciones económicas los intereses del arrendador, del tomador y del tercero vendedor «son complementarios», «este aspecto tripartito... no interesa más que a la breve fase inicial de la operación de leasing en su forma clásica, no se traduce apenas en el plano jurídico y, sobre todo, se encuentra también, aunque menos intensamente, en otras operaciones de financiación» (104). Sostenía por el contrario Leo (105), y entre nosotros José María de Prada (106), que en el leasing la concesión de crédito estaba también destinada a financiar la enajenación inicial por

(103) COILLOT, *loc. cit.*, en notas 80, 81 y 82.

(104) GIOVANOLI, *op. cit.*, en nota 47, pp. 28 y 31.

(105) LEO, *loc. cit.*, en notas 54 y ss.; especialmente 65 y 64.

(106) PRADA, *loc. cit.*, en notas 84 y 85.

el tercero a la sociedad de leasing, y no sólo a financiar al tomador del mismo, por lo que la primera parte del leasing consiste en la compra de cosa por la Sociedad de leasing. En palabras de Leo, sin embargo, la función crediticia y su estructura fundamental «se agota en la transferencia de la propiedad de una determinada suma de dinero (o de otras cosas fungibles) al favorecido, y en la obligación de éste de restituir después de un cierto tiempo el *tantumdem*» (107); «puede tenerse por seguro, pues, que el concurso de estos dos efectos jurídicos constituye el instrumento, no sólo necesario —como en el cuasi-usufructo o en la prenda irregular— sino también suficiente de realizarse la función crediticia» (108). Y cabe preguntarle: ¿cuándo el vendedor devuelve el *tantumdem*?; no lo devuelve nunca, porque jurídicamente está fuera de todo negocio de financiación, como lo está el vendedor de un inmueble cuyo precio se paga con un préstamo garantizado con una hipoteca sobre él; hay una ventaja económica, pero no técnicamente una financiación.

Tampoco hay una financiación, jurídicamente considerada, al usuario; ni para la obtención del uso de la cosa, ni para la eventual adquisición de la propiedad de la misma, mediante el ejercicio de su derecho de opción. Sencillamente, porque al traducir jurídicamente la operación económica, se divide en dos contratos distintos: la compra del bien por la Sociedad de leasing, y la dación de la misma en leasing al usuario; y este «seccionamiento» de la operación de leasing en dos contratos distintos, con la «incomunicación» entre los mismos, de que hablaba críticamente Cuesta Rute (109), es algo querido por las partes, y que responde a la esencia misma de la institución, contra lo que afirmaba Manzano (110): El vendedor del bien quiere hacer una venta en firme, ajena a las vicisitudes de la relación de leasing; por ejemplo, a la falta de pago del usuario. Y la Sociedad de leasing no quiere correr otros riesgos que los puramente financieros. Esto, institucionalmente, es fundamental; en el momento en que la propiedad del bien por parte de la Sociedad de leasing sea puesta en entredicho, venga mediatizada, por el contrato de leasing o por las relaciones previas entre el vendedor y el usuario, la operación de leasing habrá desaparecido. Por eso, en el concepto legal la unidad del leasing queda reducida a «aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso» en los que «se incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario».

Claro es que, en uso de su autonomía de la voluntad, el vendedor, la compañía de leasing y el usuario pueden celebrar —trilateralmente— un

(107) LEO, *op. cit.*, en nota 54, p. 82.

(108) LEO, p. 83.

(109) CUESTA RUTE, *loc. cit.*, en nota 78.

(110) MANZANO, *locs. cit.*, en notas 19 y 20.

contrato de leasing; yo mismo he visto uno, relativo a un inmueble, e inscrito en el Registro de la Propiedad; pero, aparte de que ello no responde generalmente a la voluntad de los interesados, ¿constituye en realidad un contrato «unitario»?; a mí me parece que hay más bien un coligamiento voluntario de dos contratos distintos, con partes acreedora y deudora diversas.

— VII —

La «unidad» del contrato de leasing, al quedar eliminadas las relaciones previas y la compra por la Sociedad de leasing del bien que va a ser objeto del mismo, queda pues reducida a una cesión onerosa de uso con derecho de adquisición, a su término, a favor del usuario. Y aquí hay, en efecto, unidad del contrato; ya el Decreto-Ley 1977 disponía: «Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento» (art. 19); y el texto vigente de 1988 refuerza la unión de la cesión de goce y la llamada opción del usuario: «El contrato de arrendamiento financiero incluirá *necesariamente* una opción de compra, a su término, en favor del usuario» (DA 7.^a-1). Ciertamente que la redacción hubiera podido ser más perfecta, llevando la unidad del contrato a unidad de párrafo, aunque éste hubiera resultado un poco largo, pero no cabe duda de que el derecho de adquisición no es algo añadido al contrato de leasing, sino «necesariamente» inherente al mismo. Con una consecuencia registral muy importante: que no se puede pretender la inscripción aislada de la opción; ni la del goce; porque constituyen una unidad.

Han quedado arrumbadas todas aquellas doctrinas que construían la opción como un «pacto diferenciado», «pacto diferente» (111), un «pacto complementario» al leasing (112). Y han quedado también desautorizadas por el texto legal todas aquellas doctrinas que calificaban al leasing de arrendamiento, aunque se le califique de «atípico» (113), «especial» (114) o «complejo» (115), o se prefiera hablar más genéricamente

(111) ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, en nota 73, pp. 113 y 114 respectivamente.

(112) MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, en nota 8, p. 39.

(113) ILLESCAS, p. 109.

(114) MARTÍN OVIEDO, p. 38; VIDAL BLANCO, p. 141; CABANILLAS, *op. cit.*, en nota 52, p. 63.

(115) LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Comentarios al Código Civil» dirigidos por Manuel Albaladejo; Tomo XX, Vol. 1.^o, Artículos 1542 a 1582 comentados por ... (Edersa, 1980); véanse pp. 73-79, y especialmente p. 78.

de «cesión de uso» (116), como ha hecho el legislador de 1986. Las diferencias entre el uso del tomador del leasing y el arrendamiento habían sido puestas muchas veces de manifiesto; por ejemplo, de manera magistral, por Amorós (117).

Pero tampoco el derecho de opción insito en el contrato de leasing es un derecho de opción de compra típico, según resume el mismo Amorós: «1) Porque el precio fijado para adquirir por compra el inmueble al término del período de uso es sustancialmente distinto del valor en cambio de aquél. Se puede comprar al final el edificio o el local por un precio muy inferior a lo que vale. ¿Por qué? Porque dicho precio real ha sido ya satisfecho por el usuario en los plazos pagados durante el período de uso, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal (por eso no hay arrendamiento), sino que se calculan por la sociedad de “leasing” teniendo en cuenta el valor total del inmueble y los incrementos imputables a su intermediación empresarial. Es decir, que a través de los plazos que se satisfacen no se paga el uso arrendaticio, sino el precio de compra del inmueble (por eso —no otra es su teoría— no hay opción de compra, sino compra aplazada). Y por eso al final sólo queda por pagar un plazo más o una cantidad pequeña en comparación con el valor del inmueble, el llamado expresivamente “valor residual”. 2) Porque el plazo habitual para ejercitar la facultad de opción, aunque reglamentariamente tasado, suele tener una duración sensiblemente mayor que la que se da en el “leasing”... Ello quiere decir que la adquisición por opción se considera como un plazo más, el final, de esa compraventa aplazada. 3) Porque en realidad, el usuario deberá ejercitar siempre el derecho de opción, y es prácticamente imposible que renuncie a él, ya que al terminar el período de uso habrá pagado la mayor parte del precio del inmueble ... de manera que no es razonable haber satisfecho más de lo que corresponde al uso arrendaticio y conformarse con ser sólo usuario temporal. Además, el último plazo que falta por pagar es tan pequeño en relación con el precio total (el llamado valor residual) que no tiene sentido no consumir a través de su pago la adquisición del inmueble. De manera que en la opción de compra el optante apenas tiene libertad para ejercitar la opción y se verá compelido por razones económicas a terminar de adquirir la propiedad en todo caso» (118). Otra cosa ocurre en el leasing mobiliario: «el usuario puede no llegar a ejercitar la opción de compra, por el deterioro notable o pérdida de valor que sufren los bienes por su uso ... por la rápida aparición de nuevos modelos ... que dejan enseguida anticuados

(116) DE LA VIÑA MAGDALENO, «Anales» citados en nota 48, p. 243.

(117) AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, en nota 2, pp. 808-10.

(118) AMORÓS, pp. 810-11.

los modelos anteriores como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, porque basta con poder utilizarlos para extraer de ellos su utilidad empresarial...» (119).

Situemos en su verdadera perspectiva, la económica, las palabras de Amorós que preceden y eliminemos todos los argumentos que va desgranando en favor de su teoría, la de la compraventa, que luego examinaremos. Lo que nos queda de cierto es que, al igual que la cesión de uso del leasing no es verdadero arrendamiento, tampoco el que se sigue llamando derecho de opción es verdadero derecho de opción, y paralelamente, debiera haber sido denominado, en una mayor abstracción, derecho de adquisición. La unión legal, inescindible, entre ambos elementos, uso y opción (120), ha dado lugar a un derecho nuevo. Lo reconoce el mismo Amorós a punto de terminar su trabajo: «Como es sabido, la concesión del uso del inmueble lleva aparejada la de un derecho de opción de compra. Ambos se integran en esa unidad superior y distinta de los elementos que la componen y que llamamos relación jurídica de arrendamiento financiero» (121). Ha surgido, nos dice Fernández-Golfin, «una figura comercial nueva», y «en su consecuencia, tanto el arriendo como la opción de compra más que quedar desnaturalizados, quedan embebidos, difuminados, absorbidos por esa nueva figura jurídica independiente, con sustantividad propia» (122).

La inescindibilidad entre uso y opción de compra es completa; por ello, como ha demostrado García-Barbón, el compromiso del usuario de ejercitar la opción de compra desnaturaliza el leasing, y le convierte en un contrato de venta a plazos (123); y por no ser la opción un derecho autónomo, no es posible el embargo por un tercero de tal opción (Bernáldez) (124).

(119) AMORÓS, p. 806.

(120) SÁNCHEZ-PARODI niega, todavía, el carácter esencial de la opción: «aunque la Disposición Adicional Séptima de la LDIEC exige como requisito la inclusión en el contrato de "leasing" de una opción de compra en favor del usuario, la falta de ésta traerá consigo una serie de sanciones, pero el contrato será válido»: *op. cit.*, en nota 11, p. 236. No se si sería o no válido, según los casos; pero no sería un contrato de leasing.

(121) AMORÓS, p. 843.

(122) FERNÁNDEZ GOLFIN y colaboradores, *op. cit.*, en nota 14, p. 195.

(123) GARCÍA-BARBÓN, Juan: «El compromiso de ejercitar la opción de compra en el arrendamiento financiero», *La Ley*, n.º 3280, 11 junio 1993, pp. 993-1001; especialmente, pp. 999-1000.

(124) Conf. BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «Dos aspectos del leasing inmobiliario: su forma y el embargo por un tercero de la opción de compra»; *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1993, pp. 6867-6872; especialmente, pp. 6870 y ss.

Finalmente, y como ocurre con todo derecho de opción, el usuario es totalmente libre de ejercitarlo o no; todas las palabras de Amorós sobre su falta de libertad, sobre su deber de ejercitarlo, no son otra cosa que mera conveniencia económica de hacerlo; pero jurídicamente, ni tiene la «carga» de hacerlo, como dice Leo, ni supone «el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependía la adquisición del dominio», como afirma Amorós (125); es, sencillamente, el ejercicio o falta de ejercicio de una facultad potestativa insita en el derecho total del usuario.

— VIII —

Estaba por afirmar que nadie ha defendido hasta ahora que el concepto unitario de leasing llegue a incluir el ejercicio del derecho de opción por parte del usuario. Pero ello no sería completamente cierto, porque hay una serie de doctrinas —las de la compraventa—, que superando el problema hacen consistir la naturaleza del leasing precisamente en la adquisición por el usuario de la propiedad de la cosa objeto del leasing, aunque sea minimizando, como acabamos de ver, su derecho de opción.

Ya Zumalacárregui, a los efectos de permitir su inscribibilidad en el Registro de Ventas a Plazos, defendió que el leasing mobiliario «no deja de ser una venta a plazos sin que la condición suspensiva discrecional de adquisición del valor residual desnaturalice su esencia» (126). Pero fue sobre todo Amorós, en cuanto a los inmuebles, quien difundió la tesis: ya hemos expuesto suficientemente sus premisas; en virtud de las mismas, entiende que su verdadera naturaleza es la de una «compra con precio aplazado y reserva de dominio en favor del comprador», que «se asemeja bastante a la *fiducia cum creditore*, aunque no se identifique plenamente con su esquema habitual» (127). José-Domingo Rodríguez Martínez estimó «absolutamente correcta» la doctrina de Amorós, y calificó el contrato «como una verdadera compraventa con precio aplazado» (128); y para García

(125) LEO, *op. cit.*, en nota 54, p. 119. AMORÓS, *op. cit.*, en nota 2, p. 843.

(126) ZUMALACÁRREGUI CALVO, Manuel: «La financiación de las ventas a plazos y su protección registral»; Centro de Estudios Hipotecarios — Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil (Año 1971); Madrid, 1972; pp. 11-53; las palabras citadas, en p. 51.

(127) AMORÓS, pp. 843 y 815.

(128) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José-Domingo: «Problemas jurídicos del "leasing" inmobiliario»; Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de febrero de 1985 y publicada en sus Anales, XXVII (Edersa), pp. 83-109; las palabras citadas, en pp. 101 y 103.

Collantes «estamos indudablemente ante una compraventa con precio aplazado y reserva de dominio en garantía; reserva de dominio que se disimula acudiendo formalmente a un arrendamiento» (129). Mucho antes Cuesta Rute había estimado la existencia de un negocio fiduciario *cum creditore*, en la que el fiduciante (la Sociedad de leasing) no era previamente dueña de la finca, sino que la adquiriría de un tercero (el vendedor) para retransmitirla al fiduciario (el usuario), considerando que esa trilateralidad de personas estaba admitida en general para los negocios fiduciarios por la STS de 8 de marzo de 1963 (130). Y Giovanoli había hablado de una transferencia de propiedad con fin de garantía (131).

Estos son los precedentes doctrinales de Manzano. El leasing es, para Manzano, según hemos visto, un «contrato unitario», aunque «complejo» (132), que tiene varias «partes», o «fases», «pues estamos ante un contrato de tracto sucesivo» (133), varias «fases o prestaciones» (134), «figuras o prestaciones» (135). Hay, pues, un «período de perfección del contrato» (136), que «empieza en la compra previa y termina —repito: en la fase de perfección del contrato—, en la cesión de uso y opción de compra» (137); y hay un «período de ejecución» (138) —el ejercicio del derecho de opción—, al que denomina «acto de ejecución» (139), sin llamarlo negocio jurídico. Y aquella unidad deriva de la unidad de la causa, la «causa leasing» (140), «que va más allá de lo que pudieran ser las causas particulares de aquellas figuras o prestaciones aisladas: causa mandato, causa-arrendamiento, causa-opción, etc.» (141); «causa-mandato; causa-arrendamiento o cesión de uso, causa-opción o de preferente adquisición; causa-fiducia; etc.» (142); observemos la adición de esta «causa-fiducia», que parece referirse a la cesión (¿del proveedor?; ¿de la sociedad de leasing?) al usuario.

(129) GARCÍA COLLANTES, José Manuel: «El leasing. Especial consideración del leasing inmobiliario»; Inédito; s.a. (¿1985?); 47 pp.; las palabras citadas, en p. 35. Puede consultarse en la Biblioteca del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

(130) CUESTA RUTE, *op. cit.*, en nota 69, p. 607.

(131) GIOVANOLI, *op. cit.*, en nota 47, pp. 385 y ss.

(132) MANZANO, *conf. nota 17*.

(133) MANZANO, *conf. nota 21*.

(134) MANZANO, *conf. nota 26*.

(135) MANZANO, *conf. nota 32*.

(136) MANZANO, *loc. cit.*, en la nota anterior.

(137) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 25.

(138) MANZANO, *conf. nota 32*.

(139) MANZANO, *conf. nota 6*.

(140) MANZANO, *locs. cit.*, en notas 18 y 32.

(141) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 17.

(142) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 32.

La doctrina llegó incluso a la Dirección General de los Registros. La Resolución de 30 de julio de 1990, en un caso de fletamento con opción de compra —supuesto claro de leasing, contratado en 1983, antes, por tanto, de la Ley vigente—, declaró que había «más que un derecho de opción», que «estamos ante un negocio complejo que envuelve una transmisión por precio y una garantía en favor del vendedor, estructurada de tal modo que, mientras no haya pago total del precio, el dominio del comprador sufrirá un cierto condicionamiento. Así las cosas, el evento más importante sería el pago del precio de la compra, representando el llamado ejercicio del derecho de (¿opción?) contra entrega de la simbólica cantidad complementaria de 1.000 pesetas, una circunstancia más de las que integrarían la condición de que depende la adquisición en firme del bien enajenado... Situados en esta perspectiva, ciertamente habría que estimar que no basta el transcurso del plazo del llamado derecho de opción para entender que, automáticamente y sin previa reclamación del vendedor, toda operación transmisiva ha quedado sin efecto. Más bien, en este caso, habría que concluir que el derecho condicional del comprador tiene plenos efectos respecto de terceros que al adquirir derechos del vendedor conocen que ... existe tal situación de pendencia».

Más recientemente, la Dirección General, en Resolución de 17 de diciembre de 1993, se ha encontrado con un leasing mobiliario, en el que la prestación del usuario estaba garantizada con una hipoteca. La posición del Registrador, en su informe, fue terminante: «4.º El leasing es un contrato atípico, cuya causa verdadera es la financiera, por lo que lo auténticamente cedido es el uso del capital, reservándose a favor del prestamista la propiedad fiduciaria del bien, lo que exige levantar el velo que oculta la naturaleza del contrato, aplicar la disciplina de los contratos financieros...». La Dirección General rechaza, con acierto, la nota del Registrador («4.º Si se estima que el leasing es un contrato de financiación se constituyen simultáneamente una doble garantía (simultánea) real (la hipoteca sobre el inmueble y la reserva de dominio sobre los muebles) ... lo que implicaría solidaridad de las garantías de inadmisibilidad en nuestro Derecho... 5.º Si se estima que el leasing es un arrendamiento...»); pero dejándose llevar del planteamiento del Registrador, que en manera alguna comparte («6.º... Pasando por alto el que en la calificación no deben emitirse juicios hipotéticos sino juicios concluyentes...»), emplea en el fundamento de derecho 5 expresiones que pudieran llevar a una equivocada consideración sobre la naturaleza jurídica del leasing: «... el que el acreedor pueda tener facultades de garantía sobre el mismo bien mueble, objeto de la operación financiera...» (lo que tiene es la propiedad), no supone la doble garantía, porque en caso de incumplimiento del usuario, aquél tiene que optar, conforme al artículo 1124 del Código Civil, entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato; si «opta por reclamar el cumplimiento del contrato, opta por no hacer efectiva por su sola voluntad ninguna de las facultades reales que tiene sobre el bien objeto de la

operación financiera» (insistimos: la propiedad); y si opta por la resolución «y por hacerse con el bien objeto de la operación financiera ... los bienes financiados ... pasan al pleno poder del financiador ...»; expresiones que hacen referencia a la posesión de hecho de la cosa dada en leasing, pero que también podrían entenderse referidas —equivocadamente— a la propiedad de la misma, que en todo momento conservó la Sociedad de leasing. También la sentencia de 22 de mayo de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra habla de la «garantía real que representa para ella (para la Sociedad de leasing) la propiedad del ... bien».

Antes de seguir adelante, hagamos un inciso para resaltar la peligrosidad de la afirmación del Registrador. «lo que exige levantar el velo que oculta la naturaleza del contrato». Ya lo había sostenido Amorós: «los requisitos necesarios para la inscripción de este contrato serán no tanto los correspondientes al arrendamiento y a la opción de compra cuanto los que se desprenden de su verdadera naturaleza jurídica, es decir, los de la compra con precio aplazado y reserva de dominio a favor del comprador» (143). Mucho más acertado, a mi juicio, estuvo otro Registrador, José-Domingo Rodríguez Martínez: «Porque si calificamos el contrato como una verdadera compraventa con precio aplazado —y vuelvo a señalar (nos dice) que, en mi opinión, es lo más adecuado a la configuración actual del “leasing”—, resulta un tanto aventurado extraer de esa calificación las consecuencias prácticas que deberían ser inevitables; porque para destruir la apariencia de legalidad y veracidad de unas manifestaciones respecto a un arrendamiento y a una opción de compra, que son los únicos términos acuñados por el legislador, tendríamos que decidir sobre una posible simulación, sobre un fraude de Ley, que consistiría en utilizar una norma para alcanzar otros fines que los previstos o para escapar a limitaciones o prohibiciones legales. Creo, sinceramente, que resultaría difícil rechazar una cláusula en la autorización, o rechazar su inscripción, porque no se acomode al esquema de la compraventa a plazos, aunque sea nuestra opinión sobre la auténtica realidad subyacente» (144).

Lo cierto del caso es que la declaración de simulación o de fraude es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, y no de los Registradores de la Propiedad. Y los Tribunales, en efecto, han estimado en ocasiones que no existía un contrato de leasing, sino una venta de bienes muebles a plazos o un préstamo de financiación al comprador (STS 28 de marzo de 1978, 28 de mayo de 1990). Es ésta una labor extremadamente delicada; la STS de 28 de mayo de 1990, que acabamos de citar, decidió que «tal calificación contractual (como arrendamiento financiero, que había hecho la Sala de instancia) ha de estimarse erró-

(143) AMORÓS GUARDIOLA, p. 843.

(144) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, en nota 128, p. 103.

nea, habida cuenta de la existencia de actos de las partes, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato, de los que surge de forma patente la verdadera e inicial voluntad o intención de los contratantes de celebrar una compraventa de bienes muebles a plazos con la natural transmisión por «Iberleasing, S.A.» y la correlativa adquisición mediante precio cierto por «Premacho, S.A.» de la propiedad de los bienes de equipo objeto del contrato y ello desde el momento de su firma; así, fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, no sólo del bien objeto de tercería, el de 214.965 pesetas, inferior, por tanto, al de una mensualidad y que representa un porcentaje del 1,62 por ciento respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse de insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente normal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo»; sin entrar en las particularidades del caso resuelto por esta Sentencia, que como es natural desconocemos, y sin negar que la simulación o el fraude puedan incidir, y de hecho incidan, en el contrato de leasing, ni la potestad de los tribunales para declararlo así, únicamente quiero señalar que la escasa entidad del valor residual fijado para el ejercicio de la opción (en lo que también se fijó la casi coetánea Resolución de 30 de julio de 1990: «la simbólica cantidad complementaria de 1.000 pesetas») no puede por sí sola tomarse como índice de la simulación o del fraude, porque como ya hemos dicho, en el leasing la cesión de uso y la opción se funden tan íntimamente que ya ni la cesión de uso es verdadera cesión de uso, ni la opción de compra es verdadera opción (145).

El Tribunal Supremo fijó su doctrina sobre la naturaleza jurídica del leasing en la Sentencia de 10 de abril de 1981: «Aun cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado “leasing” financiero y la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza de ambas figuras, antes bien, ya se entienda que el “leasing” constituya un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra como causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme». Y esta doctrina ha sido mantenida, antes y

(145) Conf. AMORÓS, *loc. cit.* en nota 118, y FERNÁNDEZ-GOLFIN, *loc. cit.*, en nota 122.

después de la Ley 26/1988: STS de 11 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990, y podemos mostrar nuestro asentimiento con la salvedad de que, como dijimos, en virtud de dicha Ley el leasing es ya un contrato típico: un contrato complejo y típico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme.

Separado, en todo caso, el leasing de la compraventa con precio aplazado, ya no puede sostenerse que el pago del valor residual constituya el último plazo, «un plazo más», «el final», en expresiones de Amorós (146), que supone el cumplimiento de la «condición suspensiva discrecional» (147). «El ejercicio de la opción de compra por el usuario —escribió también Amorós—... implica el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependía la adquisición del dominio. En realidad se trata de cumplir el último plazo de la venta así convenida. La titularidad dominical adquirida pone fin a las vicisitudes del contrato de arrendamiento financiero y consolida la situación del usuario como dueño de la finca» (148). La construcción del leasing como compraventa no podía, en efecto, ser asumida por el legislador, porque conducía a una serie de figuras insuficientemente reguladas, muy discutibles, cuando no claramente anómalas, como la reserva de dominio en bienes inmuebles, la propiedad fiduciaria, la venta en garantía, o la simulación; y porque terminaba, además, con la sustantividad del contrato que se introducía en nuestro Ordenamiento. Por ello, aun deseando que la cosa acabe siendo propiedad del tomador del leasing —de aquí la necesaria inclusión de la opción de compra—, no ha ligado el efecto traslativo al contrato mismo de leasing, sino que lo ha dejado a la libre voluntad del arrendatario financiero, confiriéndole ese derecho de opción de compra.

En consecuencia, la adquisición de la propiedad del bien objeto del leasing requiere una voluntad debidamente declarada del que, a estos efectos, podemos ya llamar el optante; un verdadero negocio jurídico. No se trata, por tanto, de un hecho; del hecho del pago del último plazo, o de la entrega a la Sociedad de leasing por parte del usuario del valor residual del bien, fijado en su día en el contrato de leasing; ni de tal hecho en sí mismo considerado, ni como acontecimiento futuro e incierto (condición) de que dependía la adquisición de la propiedad. Tampoco de un acto jurídico, o hecho humano voluntario, «acto de ejecución», como lo denomina Manzano (149); sino verdadera declaración de voluntad del usuario, fehacientemente notificada a la Sociedad de leasing, en el tiempo fijado en el contrato de arrendamiento financiero, y con la entrega, o la consignación, de aquel valor residual. La validez sustantiva del ejercicio del derecho de opción queda con ello asegurada.

(146) AMORÓS, *loc. cit.*, en nota 118.

(147) ZUMALACÁRREGUI, *loc. cit.* en nota 126.

(148) AMORÓS, pp. 843-44. Recuérdese la Resolución de 30 de julio de 1990.

(149) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 139.

Pero esta validez, claro es, no resulta suficiente. Es preciso formalizar la adquisición, de manera que surta todos sus efectos en el tráfico y en el Registro. Y esta formalización normalmente se verificará mediante el otorgamiento, bilateralmente, por la Sociedad de leasing y el usuario, de la correspondiente escritura de compraventa en ejercicio del derecho de opción del arrendatario financiero. Pero evidentemente, también cabrá el otorgamiento unilateral, por el usuario sólo, cuando así se haya pactado en el contrato de leasing conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de diciembre de 1978 sobre el derecho de opción, ya que la tipicidad, la sustantividad, del contrato de arrendamiento financiero no puede suponer obstáculo a que las lagunas existentes en su regulación se colmen mediante la aplicación analógica, a las diversas prestaciones que en él se integran, de las normas dictadas para otros contratos más plenamente regulados.

La causa de este contrato de compraventa no es ya la «causa leasing» que decía Manzano (150); estamos ya fuera del leasing, fuera incluso de su «período de ejecución» (151), que es el que se ha desarrollado durante la vigencia del arrendamiento financiero. Ahora el leasing se ha extinguido, y como una de las modalidades de su liquidación se contiene esta posibilidad del usuario de adquirir la propiedad de la cosa ejercitando su opción de compra; estamos, pues, ante un negocio jurídico que tiene su causa propia, causa onerosa; que es una verdadera compraventa, pero un compraventa especial, en ejercicio por el usuario del leasing de su derecho de opción de compra. «Nadie discute —escribía Martín Oviedo— que esta compraventa, cuando tiene lugar, es un contrato de este género perfectamente típico y regulado, por tanto, por las normas vigentes de nuestro Código Civil. No obstante, por razones obvias, goza este negocio de algunas peculiaridades en casos como el presente. La fundamental es la previsión, en el mismo contrato de “leasing”, de que el comprador-usuario renuncia de modo expreso a exigir del vendedor las habituales garantías de saneamiento (en su doble faceta: evicción y vicios ocultos); renuncia que permiten nuestras leyes y que obedece a motivos evidentes» (152).

Esta sustantividad no quiere negar, en absoluto, que esta compra por el arrendatario esté integrada en aquella operación económica de

(150) MANZANO, *locs. cit.*, en notas 140, 141 y 142; la causa de esta compraventa en ejercicio de la opción ni siquiera está prevista en la enumeración que hace en el texto citado en la nota 141, y difícilmente puede incluirse en la «causa fiducia» de la 142, que parece más bien referida a la adquisición inicial por la Sociedad de leasing.

(151) MANZANO, *loc. cit.* en nota 138.

(152) MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, en nota 9, pp. 1063-64.

leasing, que jurídicamente se articula en varios negocios, ni que tenga un coligamiento genético con el negocio anterior, el leasing propiamente dicho, en cuanto que una de las partes, la Sociedad de leasing, está obligada, o vinculada, a realizarle (153).

— IX —

Decía Manzano Solano en referencia a la compra previa por la Sociedad de leasing al proveedor: «Si la venta se realiza separada y previamente, ... debe recogerse el nombre del futuro usuario junto a la finalidad de la compra o adquisición ... Esto me parece de la mayor importancia registral, pues, constatada en el asiento la finalidad de la compra y la persona del usuario, esta expresión registral funcionará como una restricción legal, al menos frente a los actos que pretendan su acceso registral y que sean incompatibles con el contenido legal del arrendamiento financiero. Pero es que, además, creo que los actos de adquisición de inmuebles por las Sociedades de “leasing” que no contengan la mencionada especificación no son inscribibles, por ir contra su objeto social exclusivo, que son aquellas operaciones y nada más. Lógicamente, habría que salvar las adquisiciones necesarias para el desarrollo de su actividad empresarial» (154).

Este argumento, basado en que las sociedades de arrendamiento financiero tienen por objeto exclusivo las operaciones de leasing, según dispone la Disposición Adicional 7.^a 8 de la Ley 26/1988, se utiliza por Manzano sólo respecto a la compra previa; pero el mismo valor tendría respecto de la venta en ejercicio del derecho de opción de compra del usuario; y en efecto, según nos dice Bernáldez (155), fue utilizado por el Registrador en una nota de suspensión que, recurrida por el Notario, ha sido rechazada en Auto dictado el 7 de mayo de 1993 por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «El segundo defecto es artificioso. Se pretende en la nota que si no está inscrito el arrendamiento financiero, la entidad transmitente no podía vender el inmueble, pues el n.º 8 de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito Financiero, dispone que estas entidades según expresa la nota recurrida, “tienen como objeto social exclusivo la realización de estas operaciones, por lo que no pueden efectuar ventas de bienes inmuebles que no se deriven de un derecho de arrendamiento financiero previamente inscrito”. Es tan excesiva esta conclusión —continúa el Auto

(153) Conf. OPPO, Giorgio: «Contratti parasociali», Milano, Vallardi, 1942. pp. 67 y 22.

(154) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 30.

(155) BERNÁLDEZ, *op. cit.*, en nota 124, pp. 6869-70.

presidencial— que no necesita excesivos razonamientos contradecirla, pues ni la Ley citada autoriza dicha conclusión, ni puede ponerse en duda, por los expositivos de la propia escritura, que ésta se ajusta escrupulosamente al objeto social acotado por la Ley y, en definitiva, basta con la inscripción de dominio para entender completa la legitimación registral del adquirente».

Esta posición nos parece plenamente acertada. «Como ya declaró la Resolución de 6 de diciembre de 1954 —dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de marzo de 1992, fundamento de derecho 4—, el objeto social no puede calificarse con criterio excesivamente riguroso, de manera que se considere que una Sociedad no puede realizar sus actividades mediante una nueva Sociedad (se trataba de un Banco), sin tener que modificar sus Estatutos, y que la conexión de un acto con el objeto social no es sencillo determinararlo en general y “*a priori*”, y escapa ordinariamente a la actividad calificadora de los Estatutos, como ya advirtieron las Resoluciones de 16 de octubre de 1964 y 18 de mayo de 1986. El tercero no debe, por otra parte, asumir la carga de interpretar esa conexión al celebrar un negocio con el Administrador, teniendo en cuenta, además, que el objeto social está redactado unilateralmente por la Sociedad —artículo 1.288 Cc—, por lo que es ésta y “*a posteriori*” la legitimada para contrastar esa conexión y exigir la responsabilidad pertinente al órgano administrativo que hubiese realizado actos desconectados del objeto social —véanse artículos 129.2 y 133.1 de la Ley vigente”, responsabilidad que en nuestro caso de objeto social exclusivo también tendría que exigirse por la Administración pública. «La anterior doctrina —prosigue el fundamento de derecho 5—, se encontraba ya implícita en la jurisprudencia en torno al artículo 76 de la anterior Ley, y aparece recogida y reforzada en la vigente —artículos 117, 129 y 133, entre otros—, al haber aceptado como (actos) incluidos en el ámbito del poder de representación de los Administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ello, sino también los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989) e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 31 de marzo de 1986 en relación a los avales a terceros), quedando excluidos en principio del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto».

Este resumen que de su doctrina hace la Dirección General está referido expresamente al poder de representación del Órgano de Administración de la Sociedad (Rs. de 16 de octubre de 1964, 17, 25 y 26 de abril de 1972, etc.), que ha adquirido una dimensión positiva en el artículo 129.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas: «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el

Registro Mercantil, será ineficaz contra terceros». Y aunque la determinación del objeto social cumple otras importantes finalidades (conf. Rs. de 5 de noviembre de 1956, 1 de diciembre de 1982 y, actualmente, 25 de julio de 1992, 19 de junio de 1993 y 1 de septiembre de 1993), entre ellas en manera alguna se encuentra la limitación de la personalidad jurídica ni de la capacidad de la Sociedad; nunca se ha admitido entre nosotros la doctrina anglosajona que declara radicalmente nulos los actos “*ultra vires*”, o extraños al objeto social. En este sentido, la STS de 5 de noviembre de 1959 declaró «que en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, por consiguiente, en una esfera que va más allá en las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, salvo aquellos límites que derivan de la misma cualidad de entes ideales que carecen de un substrato físico, y por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos». Y por ello la Dirección General de los Registros, en Resolución de 24 de noviembre de 1981 afirmó que «toda sociedad, una vez cumplidas las exigencias legales, que son diferentes según el supuesto concreto de que se trate, tiene la posibilidad de realizar actos aislados fuera del objeto social, tal como lo ha reconocido este Centro Directivo en un caso de venta de edificio (Resolución de 16 de octubre de 1964) e incluso de donación (Resolución de 2 de febrero de 1966), pero de tratarse de una actividad continuada exigiría una modificación de los estatutos sociales»; modificación ésta que no sería posible para incluir la donación («pues constituiría una contradicción con la misma esencia del contrato societario», Resolución de 2 de febrero de 1966), ni en los casos, como éste de que nos ocupamos, de objeto social legalmente exclusivo.

En las escrituras de compra previa, siempre se hace constar que la compradora es una Sociedad de leasing, y que la adquisición tiene precisamente por finalidad dar en arrendamiento financiero la finca adquirida; y en las escrituras de venta por la Sociedad de leasing al usuario, indefectiblemente se contiene la referencia al arrendamiento financiero, derecho de opción del usuario —ahora comprador—, valor residual, y cuantos demás datos se juzguen precisos en el caso concreto. Pero quede bien claro que así se hace en virtud de evidentes consideraciones de índole fiscal; porque aunque no se dijera, nunca podría deducirse que la compra o la venta estaban desconectadas del objeto social exclusivo de la Sociedad de leasing; y aunque así se concluyera, y la compra o la venta fueran, en efecto, extrañas al leasing, serían totalmente válidas en nuestro Derecho, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y societarias procedentes. Y si son válidas sustantivamente, ¿por qué no van a serlo desde el punto de vista del Registro?

Aunque no afecta a la venta en ejercicio del derecho de opción del usuario, sino a la compra inicial por la Sociedad de leasing, no podemos por menos demostrar nuestro desacuerdo con una tesis de Manzano que nos parece especialmente peligrosa: «esta expresión registral (de la persona del futuro usuario) funcionará como una restricción legal, al menos frente a los actos que pretendan su acceso registral y que sean incompatibles con el contenido legal del arrendamiento financiero» (156). ¿Se quiere consagrar una prohibición de enajenar, obtenida, por deducción, de un contrato oneroso (conf. art. 27 LH) en el que el beneficiario ni siquiera ha sido parte?; o bien, ¿un derecho de preferente adquisición, en condiciones totalmente ignoradas, a favor de persona que no ha comparecido en el contrato, y que quizá no ha celebrado todavía ningún otro? La misma Disposición Adicional 7.^a-1.2 nos dice: «Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario». Y lo mismo que puede darlo en nuevo arrendamiento financiero, podrá venderlo a un tercero. Sencillamente, porque no hay limitación alguna.

El problema no llega a presentarse, porque en la escritura de compra no se menciona la persona del usuario, sino solamente la finalidad de dar en leasing la finca adquirida. Pero en todo caso tiene razón Amorós: «La previa compra del inmueble por la sociedad de “leasing” supone una compra normal y corriente. Aunque la adquisición se haga con el propósito, muchas veces explícito en la escritura, de ceder el inmueble que se adquiere en régimen de “leasing”, y aunque ese propósito resulte implícito del propio objeto social exclusivo de la sociedad de “leasing”, entiendo que tales finalidades no implican un condicionamiento en la compraventa, ni la modalizan, ni afectan a su causa onerosa típica. De manera que la compra así realizada podrá inscribirse normalmente, sin especialidad objetiva alguna» (157).

— X —

Nos queda un último argumento que considerar; el derivado del tracto sucesivo registral. «Esta escritura —escribía Manzano Solano refiriéndose a la compra por el usuario en ejercicio de su opción—, sería inscribible presentando antes la de arrendamiento financiero que podría inscribirse en asiento propio o en tracto abreviado, pero, en todo caso, precediendo registralmente a la de ejercicio de la opción de com-

(156) MANZANO, *loc. cit.*, en nota 154.

(157) AMORÓS, *loc. cit.*, en nota 90.

pra. Y ello porque este derecho de opción o de preferente adquisición, legalmente establecido, no es una opción típica, sino una preferencia emanada del “leasing” como derecho real que, por razones de tracto, ha de ser previamente inscrito en su totalidad»; «precisamente porque es un acto de ejecución del contrato de “leasing”, no es inscribible sin la previa inscripción de aquél»; «no cabe inscribir solamente una de sus partes o de sus fases, pues estamos ante un contrato de tracto sucesivo»; «de modo que el ejercicio del derecho de opción, por ejemplo, ha de ajustarse a las condiciones del contrato de “leasing” y no a las especificaciones del derecho de opción, tal como lo regula, si se trata de inmuebles inscritos, el art. 14 del Reglamento Hipotecario» (158). Aparece mezclado en estos textos, con la unidad del negocio y el tracto sucesivo sustantivo, del que ya hemos tratado, un argumento puramente hipotecario, el tracto sucesivo registral, como previa inscripción del contrato de leasing (derecho de goce con opción de compra), o como tracto abreviado o comprimido del mismo y de la venta en uso del derecho de opción del usuario. Ello se alegó también, según nos dice Bernaldez, en la calificación que dio lugar al Auto de 7 de mayo de 1993 (159); era el primer defecto señalado por el Registrador: «No constar inscrito el contrato de arrendamiento financiero..., ya que la opción que se ejercita es un derecho de adquisición preferente, nacido en dicho arrendamiento financiero que, por razones de tracto sucesivo (Art. 20 L.H.) ha de ser previamente inscrito, como contrato con causa única, de la que la opción constituye una prestación esencial»; «pero lo que exige el art. 20 de la Ley Hipotecaria es que conste previamente el dominio o derecho real que se transmite —respondía el Auto presidencial—. Por tanto, en el caso de autos basta y sobra con la inscripción del dominio, y el motivo debe ser desestimado».

No volveremos sobre la unidad del negocio, derivada de la unidad de la causa, sobre lo que ya nos hemos extendido; señalemos solamente que este razonamiento es incompatible con la alegación del tracto registral, que supone una dualidad de negocios; nos concretaremos al problema registral.

El artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria dispone: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmiten, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Esta es la bien conocida norma vigente; no cabe decir, como Don Jerónimo González: «Lógica consecuencia del principio (de tracto sucesivo) es la previa inscripción que exige el párrafo primero del artículo 20 de

(158) MANZANO, *locs. cit.*, en notas 5, 6, 21 y 32, respectivamente.

(159) BERNÁLDEZ, *op. cit.*, en nota 124, pp. 6869-70.

la Ley Hipotecaria» (160), porque es el «principio» de tracto sucesivo el que es «consecuencia del artículo 20 de la Ley; «*non ex regula ius summat, sed ex iure, quod est, regula fiat*», dice respecto a una materia próxima, las reglas de derecho, un texto de Paulo que encabeza el título correspondiente del Digesto (161). Y tampoco es posible extender de otra forma el sentido del artículo 20.1 afirmando, aunque sea de pasada, que en su virtud hay que llevar al folio registral «el historial jurídico de cada finca inmatriculada», «el historial jurídico-real» (162), como si todo el historial jurídico de la finca tuviera que ser inscrito.

En contra de este sentido expansivo del principio de tracto, la Resolución de 9 de enero de 1946 entendió que había que «evitar ... inscripciones momentáneas, que tan sólo son extendidas para transferir o cancelar inmediatamente el derecho respectivo», por lo que, en el caso de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, ya fallecido cuando se lleva a cabo la partición de la herencia del premuerto, «no debe exigirse a los herederos —declara la Resolución de 8 de agosto de 1918— ... que constituyan contra su voluntad un usufructo retrospectivo y ficticio». En este caso estaríamos si se exigiera la inscripción del contrato de leasing; inscripción «retrospectiva», «ficticia», «momentánea», sólo extendida para dejar inmediatamente paso a la inscripción de la compra a favor del usuario; quizá en el mismo asiento, cuando se utilice el tracto abreviado.

La inscripción de las compras en virtud de un derecho de adquisición preferente, nos confirma que muchas veces no es posible, y nunca es indispensable, la inscripción de éste (163). No son inscribibles los tanteos y retractos legales (conf. art. 37.2.3.^o L.H.), ni los voluntariamente constituidos con carácter obligacional (arts. 1 y 2 L.H.). Y el mismo derecho de opción no puede inscribirse cuando no esté determinado en algún otro contrato inscribible o no concurren las demás circunstancias exigidas por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Todas las compras efectuadas en virtud del ejercicio de cualquiera de los derechos de adquisición preferente a que nos estamos refiriendo, son inscribibles a pesar de que ese derecho de adquisición de que proceden no esté inscrito.

En cuanto al derecho de opción de compra del usuario del leasing, creo que siempre es inscribible en el Registro de la Propiedad, cuando se refiera a un bien inmueble, como integrante del contrato de leasing.

(160) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: «Principios Hipotecarios», Madrid, 1931, p. 232.

(161) DIGESTO, 50, 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*) l. Conf. PARTIDAS, 7.34.pr.: «Ca estonce, debe sér guardado lo que la ley manda, e non lo que la regla dice».

(162) ROCA SASTRE, Ramón M.^a: «Derecho Hipotecario», 6.^a edición, II, pp. 308 y 309.

(163) Conf. BERNÁLDEZ, pp. 6868-69.

Y no porque necesariamente sea un derecho real la opción del usuario del leasing, que de ordinario no lo es; porque si bien ya la Resolución de 27 de marzo de 1947 admitió la posibilidad de «constituirse un típico derecho de opción de carácter real», ello sólo ocurrirá cuando el derecho constituido reúna, en efecto, la naturaleza y caracteres de un verdadero derecho real» (conf. Rs. de 11 de abril de 1930 y 13 de mayo de 1936), y en especial, la inmediatividad y la absolutividad, lo que no viene exigido por la Disposición Adicional 7.^a 1 —«una opción de compra»—, ni en la práctica suele ocurrir. La sustantividad del contrato de leasing no puede ser obstáculo, según ya hemos dicho, a la aplicación ponderada de las normas relativas a otros contratos en que exista coincidencia de prestaciones, pero con las modificaciones que la especial naturaleza del leasing requiera; y en este sentido, la duración mínima del leasing inmobiliario es la de diez años (D.A. 7.^a 2), superior a los seis años que bastan en el artículo 2.5.^a de la Ley Hipotecaria para la inscripción del arrendamiento de inmuebles, sin que estimemos aplicables el pacto de inscripción y demás circunstancias que para la opción ordinaria exige el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, por ser de origen legal la inclusión de la opción de compra en el contrato de leasing. Después de la Ley 26/1988 me parece innecesario defender la naturaleza jurídico-real del leasing, en todo caso, como medio para lograr su inscribibilidad. Pero el que ésta tenga lugar, como decimos, aunque el leasing inmobiliario tenga naturaleza obligacional, no quita valor al argumento que hemos aducido, que no tiene valor simplemente analógico, pues demuestra que la previa inscripción de un derecho de adquisición preferente no es institucionalmente indispensable para que se inscriba la compra consiguiente; y por tanto no es exigible en un sistema de inscripción voluntaria.

El argumento fundamental que excluye esa exigibilidad radica, sin embargo, a lo que me parece, en que la inscripción del contrato de leasing no afecta al tracto sucesivo, que conecta directamente la inscripción a favor del transferente (la inscripción de la compra previa por la Sociedad de leasing) y la inscripción a favor del adquirente (la inscripción de la compra por el usuario del leasing), sin que, por tanto, la falta de inscripción del contrato de leasing rompa el tracto sucesivo. Así lo dice terminantemente el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria: «Para inscribir ... títulos por los que se ... transmitan ... el dominio ... deberá constar previamente inscrito ... el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Es la misma formulación que en la doctrina nos da José Manuel García: «Según el principio de tracto sucesivo, para que pueda ser inscrito un derecho, es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante» (164). Y también la jurisprudencia

(164) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», Tomo I (Madrid, Civitas, 1988), p. 549.

hipotecaria; recordemos la Resolución de 8 de agosto de 1918, que declaró la innecesidad de la inscripción del usufructo vital ya extinguido: «porque el nudo-propietario no sucede jurídicamente al usufructuario en el goce de la finca; y por tanto la falta de inscripción del usufructo en nada afecta al tracto sucesivo»; lo mismo ocurre en nuestro caso; porque el usuario del leasing, cuando compra, no se sucede jurídicamente a sí mismo en el contrato de leasing —como ocurriría con un cesionario—, sino que sucede a la Sociedad de leasing en la propiedad de la finca; en la inscripción de la compra por la sociedad de leasing es, pues, donde entronca el tracto registral la inscripción de la compra que, en ejercicio del derecho de opción, verifica el usuario a la sociedad de leasing.

Ahora bien, uno de los fundamentos del principio de tracto sucesivo es el de complementar, en vía formal, la protección al titular registral derivada de los principios fundamentales del sistema. En paralelismo con lo que el artículo 82 de la Ley Hipotecaria dispone respecto de las cancelaciones, y aun reconociendo las profundas diferencias entre este asiento y el de inscripción, podríamos decir que las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública (en nuestro caso, la inscripción a favor de la Sociedad de leasing), no se “cancelarán” (mediante inscripción de la transferencia a favor de otra persona, art. 76, el usuario) sino mediante escritura pública en la que preste su consentimiento el titular, mediante el título material y formal adecuado; o por sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación. La finca podrá inscribirse a nombre del usuario por título de compraventa, otorgada por la Sociedad de leasing como vendedora y el usuario comprador; es el supuesto normal, y como venimos diciendo, resulta superflua la inscripción de un contrato de leasing ya extinguido, con unos requisitos que quizá han sido alterados por las partes —piénsese en el llamado ejercicio «anticipado» del derecho de opción—, que no implica ningún eslabón del tracto registral, y que en manera alguna puede interferir en la voluntad de la sociedad de leasing de vender y en la voluntad del usuario de comprar.

En defecto del otorgamiento voluntario de la escritura de venta por la sociedad de leasing será precisa, según hemos dicho, sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación; el usuario habrá ejercitado en tiempo y forma su derecho de opción, notificándolo fehacientemente a la Sociedad de leasing y haciendo a su favor la consignación del valor residual; ante la negativa de la Sociedad de leasing a otorgar la escritura, el usuario tiene que acudir a los Tribunales, y en rebeldía de la Sociedad de leasing condenada, otorgará la escritura de venta el Juez. La venta se deberá atener exactamente en este caso a lo pactado en el contrato de leasing; pero es el Juez quien deberá decidirlo, sin que el Registrador pueda, sin extralimitarse en su calificación de los documentos judiciales, exigir la presentación del contrato de leasing para comprobar tales extremos.

Y nos queda un tercer supuesto, al que ya nos hemos referido. La formalización unilateral por el usuario de la compra a su favor, siempre que así se haya pactado expresamente en el contrato de leasing conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de diciembre de 1978 sobre el derecho de opción en general, aplicable, según vimos, a este derecho de opción; y aquí sí tiene razón Manzano: «el ejercicio del derecho de opción ... ha de ajustarse a las condiciones del contrato de "leasing"» (165); ha de presentarse en el Registro para que el Registrador lo compruebe mediante la oportuna calificación; y ha de inscribirse en el Registro porque, aparte de todo ello, es en el contrato de leasing donde en este tercer supuesto se encuentra la voluntad de vender de la Sociedad de leasing. En estos supuestos, el usuario deberá exigir que el contrato de leasing se verifique desde el primer momento en escritura pública, porque en otro caso le puede ser muy difícil conseguir un título inscribible.

— XI —

En conclusión, y sin perjuicio de cualquier otra opinión mejor fundada, estimo que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de arrendamiento financiero no es necesaria para la inscripción de la escritura de compra por el usuario en virtud del ejercicio de su derecho de opción.

El leasing, económicamente, es una operación unitaria, con una causa única —promover la financiación de las empresas—, que es la que ha llevado al legislador a introducirle en nuestro Derecho. Pero esa operación económica unitaria se estructura jurídicamente mediante tres contratos distintos, el último de los cuales es precisamente la compra por el usuario en uso de su derecho de opción. Esta compra está en general unilateralmente coligada con el contrato inmediatamente anterior, el contrato de arrendamiento financiero propiamente dicho, que por mandato legal tiene que incluir una opción de compra; pero es en sí misma un contrato de compraventa, especial, con su propia causa onerosa, distinta de la causa del contrato de leasing. La sucesión de estos tres contratos, distintos, cada uno con su causa, es de la esencia del leasing, e impide que el arrendamiento financiero pueda considerarse desde el punto de vista jurídico como un único contrato, que tiene que inscribirse en su totalidad o no inscribirse en absoluto; unitariedad del contrato que es lo que haría imprescindible la inscripción del arrendamiento financiero —previo o en tracto abreviado—, para la inscripción de la compra por el usuario.

(165) MANZANO SOLANO, *loc. cit.*, en nota 158.

El objeto social exclusivo de las Sociedades de leasing tampoco exige esa inscripción del contrato de arrendamiento financiero, porque ante cada caso concreto sería prácticamente imposible asegurar que la venta que hace la Sociedad de leasing es extraña al objeto social; porque están admitidos los actos aislados que se extralimitan del objeto social; y porque en todo caso la venta sería válida e inscribible, ya que en nuestro Derecho el objeto no limita la personalidad y capacidad de las personas jurídicas. Sin perjuicio de las responsabilidades que la Sociedad podría exigir, y que la Administración Pública deba imponer.

Tampoco el tracto registral requiere esa inscripción; porque la inscripción de dominio a favor del usuario ejercitante de la opción, se conecta directamente con la inscripción de dominio a favor de la Sociedad de leasing, otorgante de la venta, que es lo que exige el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria; de manera que el contrato de leasing no es un eslabón del tracto sucesivo, cuya falta le interrumpa.

La inscripción del contrato de leasing realizada cuando éste ya se ha extinguido, efectuada al solo efecto de inscribir la escritura de compra a favor del usuario que ha optado por la misma, resultaría una inscripción retrospectiva, momentánea, extemporánea, sin utilidad alguna, cuando no contraproducente, y productora de dilaciones y gastos.

Por excepción, si en el contrato de leasing se hubiera pactado que la opción de compra podría formalizarse unilateralmente por el usuario, la inscripción de la escritura de compraventa otorgada al amparo de esta facultad por el usuario sólo, precisa la inscripción del contrato de arrendamiento financiero, en el que constan las condiciones en que la opción puede ejercitarse, y en el que se contiene la voluntad de la Sociedad de leasing para que la venta se realice de esta manera.

INFORMACIÓN COMUNITARIA

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) *Normativa vigente*

CONSUMO Y MEDIO AMBIENTE

1. Decisión de la Comisión de 17 de enero de 1995 por la que se modifica la Decisión 90/55/CEE por la que se crea un *Consejo consultivo de los consumidores* (DOCE, L, núm. 21, de 28 de enero de 1995).

2. Recomendación de la Comisión de 11 de enero de 1995 relativa a un programa coordinado para el control oficial de los *productos alimenticios* en 1995. (DOCE, L, núm. 65, de 23 de marzo de 1995).

3. Reglamento (CE) n.º 690/95 de la Comisión de 30 de marzo de 1995 por el que se modifica el Reglamento CE n.º 1091/94 por el que se establecen determinadas modalidades de normas para la aplicación del Reglamento (CEE) n.º 3528/86 del Consejo relativo a la *protección de los bosques* de la Comunidad contra la contaminación atmosférica. (DOCE, L, núm. 71, de 31 de marzo de 1995).

COMPETENCIA

4. Reglamento (CE) n.º 70/95 de la Comisión de 17 de enero de 1995 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 2349/84 relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 85* del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de *licencia de patentes* (DOCE, L, núm. 12, de 18 de enero de 1995).

La modificación consiste en prorrogar su ámbito de aplicación temporal hasta el 30 de junio de 1995, con vistas a que la Comisión tenga tiempo de evaluar la gran cantidad de comunicaciones recibidas de medios interesados en relación con el proyecto de Reglamento relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DOCE, C, núm. 178, de 30 de junio de 1994).

5. Reglamento CE n.º 870/95 de la Comisión de 20 de abril de 1995 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios), en virtud del Reglamento (CEE) n.º 479/92 del Consejo. (DOCE, L, núm. 89, de 21 de abril de 1995).

Como en los Reglamentos dictados en relación con el art. 85.3 del Tratado, el presente toma buena cuenta de que determinados acuerdos, decisiones o prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo que se refieren a la explotación conjunta de servicios de transporte marítimo de línea regular pueden restringir la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros; mas también pueden contribuir en general a mejorar la productividad y calidad de los servicios de línea ofrecidos, por la racionalización de las actividades de las compañías participantes. El Reglamento se dirige a aplicar a este género de acuerdos una exención por categorías, siempre que no ofrezcan a las empresas interesadas la posibilidad de eliminar la competencia en relación con una parte sustancial del tráfico considerado. Con carácter general, el Reglamento considera que concurre la justificación suficiente para la exención en aquellos acuerdos en los que concurre alguna de las siguientes circunstancias: A) que exista entre los miembros de la conferencia en la que opere el consorcio una competencia real en materia de precios en virtud de la fijación independiente de tarifas (*independent rate action*), o B) que exista en la conferencia en la que opere el consorcio un grado suficiente de competencia efectiva entre los miembros del consorcio y los miembros de la conferencia no integrados en el consorcio en materia de oferta de servicios, o C) que haya una competencia efectiva, real o potencial, entre los miembros del consorcio y las compañías no integradas en el mismo, con independencia de que exista o no una conferencia que opere en la línea considerada.

6. Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995 por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia. (DOCE, L, núm. 95, de 27 de abril de 1995).

El Convenio entre el Gobierno de los EE.UU. de América y la Comisión de las CC.EE., sobre aplicación de sus normas de competencia, firmado en Washington el 23 de septiembre de 1991, realiza a lo largo de su texto el objetivo que se expresa en el párrafo primero del artículo 1: promover la cooperación y coordinación entre las partes en lo que se refiere a la aplicación de sus leyes respectivas en materia de competencia, reduciendo la posibilidad o el efecto de las diferencias que existen entre ellas. En este sentido, se contemplan las actividades contrarias a la libre competencia que puedan realizarse sobre el territorio de una de las Partes contratantes con efectos sobre el mismo, o sobre el de la otra Parte al Convenio (art. 5). A través de una interpretación auténtica, define el propio Acuerdo lo que debe entenderse por «ley de

competencia», «autoridades en materia de competencia», «actividades de aplicación» de las normas de competencia, y «actividades anticompetitivas».

Los artículos 2 y 3 articulan la finalidad de cooperación y coordinación a través, por un lado (art. 2), del compromiso de las Partes contratantes de notificarse mutuamente las acciones de las autoridades en materia de competencia que puedan afectar los intereses de la otra Parte, en las formas previstas por el art. 10; para que esta notificación pueda desplegar efectos, se ha reglamentado en detalle el momento en el desarrollo de las actividades en que la comunicación debe tener lugar. Por otro lado, sirve a la cooperación el intercambio de información previsto en el art. 3, concretado en principio en la obligación de reunirse ambas partes al menos dos veces al año. Ello se completa con la posibilidad para cada una de las Partes de consultar a la otra acerca de cualquiera de las cuestiones previstas en el Tratado, de conformidad con el art. 7 del mismo.

Además de estas previsiones de comunicación recíproca, contiene el Acuerdo otras que afectan directamente a la aplicación de las normas de competencia; así, prevé el art. 4 que en los casos en que ambas partes tengan interés en la misma, la acción pueda ser conjunta. Por otro lado, en la aplicación de las normas de competencia cada una de las Partes debe respetar el límite impuesto por la vía del art. 6, que tiende a evitar los conflictos en la materia. Otros límites, de distinta naturaleza, son el contemplado por el art. 8, que permite a cada una de las Partes denegar la información requerida por la otra, en la medida en que pueda calificarse de confidencial; y el previsto en el art. 9, en relación con la interpretación del Convenio de manera compatible con las leyes ya existentes en los EE.UU., o en las CC.EE.

Finalmente, establece el art. 11 los aspectos técnicos relativos a entrada en vigor, fin, y revisión del Tratado.

7. Reglamento (CE) n.º 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. (DOCE, L, núm. 145, de 26 de junio de 1995).

En virtud del Reglamento núm. 19/65/CEE, del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (DOCE, núm. 36, de 6 de marzo de 1965), la Comisión posee competencia para aplicar mediante Reglamento dicho apartado 3 del art. 85. La exposición de motivos del presente Reglamento pone de manifiesto cómo la experiencia adquirida en el tratamiento de numerosos acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa en el sector de los automóviles permite definir una categoría de acuerdos para los que pueden considerarse cumplidas las condiciones de exención del art. 85.3 TCEE en relación con la prohibición del art. 85.1. Se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de postventa de determinados productos del sector de los automóviles y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales para su reventa más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

El presente Reglamento, de importancia singular tanto por su ámbito de aplicación material cuanto por el número de potenciales acuerdos sobre el que se proyecta, establece las condiciones en las que tales acuerdos se beneficiarían de la exención del art. 85.3 TCEE y, por lo tanto, pueden considerarse como compatibles con la política de competencia impuesta por el mercado común. El tipo de acuerdo o compromiso objeto de exención será el celebrado entre no más de dos empresas y en el que una de las partes se comprometa con respecto a la otra a no suministrar en el interior de una zona definida del mercado común más que a dicha empresa o más que a dicha empresa y a un número determinado de empresas de la red de distribución, con fines de reventa de vehículos automóviles nuevos concretos de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en las vías públicas y, en relación con ellos, sus piezas de recambio. Los artículos 3 y 4 del Reglamento establecen de forma concisa qué tipo de compromisos asumidos por el distribuidor caen dentro de la exención: por su parte, en el art. 5 se relacionan obligaciones accesorias a cargo de proveedor y distribuidor que han de concurrir en sus relaciones contractuales para que tales disfruten de dicha exención. En el art. 6, de forma negativa, se determinan los casos en los que la *exención no será aplicable*: supuestos que no impedirán que, con carácter singular, y con arreglo al art. 7 del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión pueda retirar el beneficio de la exención si comprobare que en un caso determinado un acuerdo exento en virtud del Reglamento que reseñamos produce, no obstante, determinados efectos que son incompatibles con las condiciones previstas por el art. 85.3 del Tratado (art. 8 del Reglamento).

El Reglamento será aplicable desde el día 1 de octubre de 1995 hasta el 30 de septiembre del año 2002.

INSTITUCIONAL: NUEVOS ESTADOS MIEMBROS

8. Declaración conjunta sobre el artículo 31 de la Decisión por la que se adaptan los instrumentos relativos a la *adhesión de los nuevos Estados miembros* a la Unión Europea (DOCE, L, núm. 1, de 1 de enero de 1995).

9. Información relativa a la fecha de *entrada en vigor del Tratado* entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República Portuguesa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de Noruega, la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, relativo a la adhesión del Reino de Noruega, la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia a la Unión Europea (DOCE, L, núm. 1, de 1 de enero de 1995).

10. Decisión del Consejo de la Unión Europea de 1 de enero de 1995 por la que se adaptan los instrumentos relativos a la *adhesión de los nuevos Estados miembros* a la Unión Europea (DOCE, L, núm. 1, de 1 de enero de 1995).

11. Modificaciones del Reglamento de procedimiento del *Tribunal de Primera Instancia* de la Comunidades Europeas (DOCE, L, núm. 44, de 28 de febrero de 1995).

12. Modificaciones del Reglamento de procedimiento del *Tribunal de Justicia* de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991 (DOCE, L, núm. 44, de 28 de febrero de 1995).

13. Modificación al Reglamento de procedimiento del *Tribunal de Justicia* de la AELC aprobadas el 9 de enero de 1995. (DOCE, L, núm. 47, de 2 de marzo de 1995).

14. Decisión de la *Comisión* de 8 de marzo de 1995 por la que se modifica su *Reglamento interno*. (DOCE, L, núm. 97, de 29 de abril de 1995).

15. Decisión del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 19 de abril de 1995 relativa a las modalidades de ejercicio del derecho de investigación del Parlamento Europeo. (DOCE, L, núm. 113, de 19 de mayo de 1995).

EXPORTACIONES DE PRODUCTOS DE DOBLE USO

16. Reglamento (CE) n.º 837/95 del Consejo, de 10 de abril de 1995, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 3381/94 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de *productos de doble uso*. (DOCE, L, núm. 90, de 21 de abril de 1995).

17. Decisión del Consejo, de 10 de abril de 1995, por la que se modifica la Decisión 94/942/PESC relativa a la acción común adoptada por el Consejo sobre la base del artículo J.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al control de las exportaciones de productos de doble uso. (DOCE, L, núm. 90, de 21 de abril de 1995).

18. Decisión del Consejo, de 10 de abril de 1995, por la que se modifica la Decisión 94/942/PESC relativa a la acción común, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo J.3 del Tratado de la Unión Europea, referente al control de las exportaciones de productos de doble uso. (DOCE, L, núm. 90, de 21 de abril de 1995).

MATERIAS VARIAS: CONVENIO SOBRE EXPLOTACIÓN DE CONTENEDORES. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, PLAZOS DE PAGO EN TRANSACCIONES COMERCIALES, USURPACIÓN DE MARCA Y MERCANCÍAS PIRATAS

19. Decisión del Consejo de 7 de abril de 1995 por la que se firma, por la Comunidad, sin reserva de ratificación, el Convenio sobre el régimen aduanero de los *contenedores explotados en común* en el transporte internacional (Ginebra, 21 de enero de 1994) (DOCE, L, núm. 91, de 22 de abril de 1995).

El Convenio al que se refiere la presente Decisión establece un régimen jurídico que facilita los procedimientos administrativos, aduaneros y fiscales en torno a la utilización de contenedores, con el fin de evitar en lo posible el transporte de unidades vacías, mediante un sistema de explotación común.

20. Recomendación del Consejo de 7 de abril de 1995 relativa a los criterios comunes de evaluación de la seguridad en las tecnologías de la información. (DOCE, L, núm. 93, de 26 de abril de 1995).

La presente recomendación se centra en el cada vez más actual tema de compatibilizar la eficacia de la utilización de información electrónica almacenada, con la suficiente protección y seguridad de los sistemas de información. En este marco, la recomendación propone la utilización de criterios uniformes y comunes para evaluar la seguridad de las tecnologías de la información; criterios que pueden solicitarse ante la Comisión Europea.

21. Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995 relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. (DOCE, L, núm. 127, de 10 de junio de 1995).

La Comisión establece una serie de recomendaciones, a la luz de los problemas planteados por la larga duración de los plazos de pago en las transacciones comerciales y del deterioro sufrido en los últimos años en las prácticas de pago. Sin cuestionar la libertad contractual para fijar la forma, modalidades y plazos de pago, trata de incidir en una mayor transparencia de los plazos aplicables entre las partes contratantes así como el respeto a los plazos acordados y el fortalecimiento de las medidas y procedimientos en manos del acreedor para un pronto pago. Los puntos sobre los que incide la recomendación son los siguientes: A) incrementar la transparencia en las relaciones contractuales, mejorar la formación de las empresas y atenuar los efectos fiscales de las demoras en los pagos; B) prescribir una indemnización en caso de demora en el pago, reconociendo el derecho a intereses de demora, fijando un tipo a tal efecto con suficiente capacidad disuasoria para los morosos; C) fomentar los procedimientos de recurso rápidos, eficaces y poco costosos: procedimientos extrajudiciales, simplificación de los judiciales cuando se refieran a importes limitados, procedimientos acelerados para el cobro de los créditos; D) suprimir las dificultades específicas de los intercambios transfronterizos: fácil obtención de un título ejecutivo para hacer efectivo el crédito no impugnado, flexibilización del sistema de ejecución de sentencias; E) mejorar el pago de los contratos públicos. *Vid.*, el núm. 63 de la Crónica aparecida en el *A.D.C.*, 1994, Fasc. I, pp. 229-275.

22. Reglamento (CE) n.º 1367/95 de la Comisión de 16 de junio de 1995 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 3295/94 del Consejo por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas. (DOCE, L, núm. 133, de 17 de junio de 1995).

El presente Reglamento viene a desarrollar aspectos concretos del Reglamento CE núm. 3295/94, del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 (*Vid.*, el núm. 4 de la Crónica anterior), incidiendo en los temas relativos a la legitimación para instar el procedimiento en él previsto, en el contenido del documento acreditativo del derecho alegado y en el contenido de la información útil a que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 del art. 3 del Reglamento base.

Se establece específicamente que el titular del derecho o cualquier otra persona autorizada para utilizar dicho derecho podrá ser representado por

personas físicas o jurídicas, incluyendo entre estas últimas a las empresas de gestión colectiva cuyo único fin o cuyo fin principal consista en gestionar o administrar los derechos de autor o derechos afines. El art. 2 del Reglamento que ahora reseñamos determina en qué consistirá el documento que debe aportarse en el momento de la solicitud de intervención: si la solicitud parte del titular del derecho, prueba del registro (si es derecho sometido a tal) o cualquier otra prueba que acredite la cualidad de autor o de titular originario; si se trata de cualquier otra persona autorizada para la utilización del derecho, además de las pruebas anteriores, título en virtud del cual se autorice la utilización; en fin si se trata de un representante, prueba bastante de la autorización para ejercer tal función.

En cuanto a la información útil a suministrar con el fin de poner coto al despacho a libre práctica de mercancías con usurpación de marca y piratas, deberá integrarse por los elementos que constituyan una característica de la mercancía y por aquellos otros que la permitan diferenciarse de otra mercancía legalmente protegida; información que habrá de ser lo más detallada posible para poder garantizar una identificación eficaz de los envíos sospechosos con arreglo al principio de análisis de riesgos.

B) *Propuestas, proyectos, actividades*

CONSUMO Y MEDIO AMBIENTE

23. Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 79/581/CEE del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios, modificada por la Directiva 88/315/CEE del Consejo y la Directiva 88/314/CEE del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios. (DOCE, C, núm. 155, de 21 de junio de 1995).

24. Pregunta escrita núm. 1745/94 de Mary Banotti a la Comisión (1 de septiembre de 1994). Asunto: Protección de los consumidores al amparo de la Directiva sobre viajes combinados. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la comisión (23 de septiembre de 1994) (DOCE, C, núm. 24, de 30 de enero de 1995).

Pregunta: «¿Puede confirmar la Comisión si el gobierno de Irlanda aplica la Directiva 90/314/CEE sobre viajes combinados aprobada el 13 de junio de 1990?

¿Es consciente la Comisión de que los tres recientes accidentes fatales ocurridos en los apartamentos de Parque Santiago 3, Playa de las Américas, en Tenerife, estaban relacionados con el envenenamiento por monóxido de carbono?

¿Qué protección tiene el consumidor si un Estado miembro no aplica esta Directiva?»

Respuesta: «Hasta la fecha, el Gobierno de Irlanda todavía no ha comunicado a la Comisión las medidas de aplicación de la Directiva 90/314/CEE.

Corresponde a los individuos que han sufrido un daño o un perjuicio tratar de obtener compensación ante sus tribunales nacionales. Las jurisdicciones nacionales encargadas de la aplicación de la legislación comunitaria deben garantizar, dentro de su ámbito de competencias, todos los efectos de estas normas, así como proteger los derechos que otorgan a los individuos.

Tal como señala la sentencia de 19 de noviembre de 1991, (asuntos C-6/90 y C-9/90) en los casos en que se transgredan los derechos individuales por un incumplimiento de la legislación comunitaria, como consecuencia de la no transposición de una Directiva, los individuos podrán obtener compensación del Estado miembro que no cumplió sus obligaciones si en la Directiva se otorgan claramente derechos definidos a los individuos y si el daño o el perjuicio sufrido es consecuencia de la no transposición.

La Comisión está al corriente de los fallecimientos que cita Su Señoría producidos en Parque Santiago, Playa de las Américas, Tenerife (España).

La Directiva 90/396/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas, no abarca los servicios relacionados con la instalación o el mantenimiento de estos aparatos. La Comisión tiene la intención de estudiar las diferentes legislaciones de los Estados miembros a fin de suplir esta carencia, si ello resultara necesario.»

25. Pregunta escrita núm. 2419 de André-Léonard a la Comisión (23 de noviembre de 1994). Asunto: Protección de los consumidores y transacciones inmobiliarias. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (19 de noviembre de 1994) (DOCE, C, núm. 36, de 13 de febrero de 1995).

Pregunta: La apertura del mercado único europeo ha institucionalizado dos principios fundamentales que son la libre circulación de personas, mercancías y servicios, así como el derecho de establecimiento. Sin embargo, la aplicación de estas reglas no puede tener lugar sin que se tome en consideración la protección del consumidor.

La Comisión ha adoptado varias medidas de orden general destinadas a la protección del consumidor, pero las actividades del ámbito de las transacciones inmobiliarias, aunque han sido objeto de algunos informes y de algunas tomas de posición sobre algunos puntos muy concretos, no están reguladas hasta ahora por ninguna reglamentación particular. Se han señalado numerosos casos de fraudes y de prácticas poco honradas en contra de ciudadanos de Estados miembros, a menudo como resultado de las divergencias entre las legislaciones existentes en la Unión Europea y de la ausencia de garantías aportadas a los futuros compradores en un contexto europeo.

¿Considera la Comisión que cabe prever una Directiva que tenga por objeto la protección del consumidor en el marco de todas las transacciones inmobiliarias transfronterizas en el seno de la Unión?

Respuesta: La Comisión está plenamente al corriente de la existencia de prácticas poco honradas por lo que respecta a las transacciones inmobiliarias transfronterizas y está de acuerdo con Su Señoría en la necesidad de actuar a nivel comunitario a fin de evitar estas prácticas.

No obstante, la Comisión cree que puede logarse el establecimiento de una medida legislativa comparable a la propuesta mediante una armonización de las legislaciones nacionales a fin de garantizar la seguridad económi-

ca y jurídica de los compradores. Esta armonización supondría el abandono, por todos los Estados miembros, de aspectos importantes de su legislación en el ámbito inmobiliario, que están sólidamente implantados desde hace mucho tiempo en la vida cotidiana de los ciudadanos; ello explicaría la reticencia de los Estados miembros a aceptar los cambios que implicaría esta armonización.

La Comisión considera que, en una primera fase, una información apropiada sobre el sistema en vigor en cada Estado miembro puede contribuir eficazmente a reducir de manera significativa el número de víctimas de estas prácticas y, con este fin, se han dado los primeros pasos a fin de mejorar la información de los compradores en este ámbito.

Sin embargo, la Comisión es consciente de que estas primeras iniciativas, por muy completas que sean, no son suficientes para resolver el problema. En consecuencia, está estudiando la posibilidad de iniciar un diálogo con los Estados miembros a fin de encontrar una solución satisfactoria para todas las partes implicadas, que tenga asimismo en cuenta lo establecido en el artículo 222 del Tratado CE.

26. Pregunta escrita núm. 2461/94 de Amedeo Amedeo a la Comisión (30 de noviembre de 1994). Asunto: *Protección del consumidor*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (10 de enero de 1995) (DOCE, C, núm. 75, de 27 de marzo de 1995).

Pregunta: «La libre circulación de mercancías se ve obstaculizada por las diferencias entre las normativas de protección del consumidor de los Estados miembros.

Por ejemplo, en el norte de Europa se siguen procedimientos que difieren de los del sur: en el norte basta con la declaración de los fabricantes, en el sur es necesario un certificado para cada producto.

¿No estima la Comisión que es necesario intervenir para armonizar las normas de protección del consumidor en los Estados miembros?»

Respuesta: «Es preciso diferenciar las acciones emprendidas y los instrumentos de que dispone la Comunidad en materia de certificación y de protección de los consumidores en función del ámbito no armonizado o del armonizado.

1.— En el ámbito no armonizado, en virtud de la Directiva 83/189/CEE de 28 de marzo de 1983, los Estados miembros deben comunicar a la Comisión, que informa de ello a todos los demás Estados miembros, sus normas y reglamentaciones técnicas (lo que puede incluir procedimientos de evaluación de la conformidad) cuando se encuentran en fase de proyecto. Este procedimiento se basa en un intercambio de información, a título preventivo, entre los Estados miembros y la Comisión, lo que permite a todos no solamente apreciar las exigencias técnicas de cada uno, sino asimismo incluir cláusulas de reconocimiento mutuo de las especificaciones o controles en las legislaciones nacionales en cuestión. Este mecanismo pretende de esta manera prevenir la aparición de obstáculos técnicos a los intercambios intracomunitarios y favorece el reconocimiento mutuo de las especificaciones técnicas.

Por otra parte, un acto horizontal, la Directiva 92/59/CEE de 29 de junio de 1992 sobre la seguridad general de los productos, fija, en el ámbito no armonizado, el nivel de las exigencias a que debe ajustarse un producto. Esta Directiva impone a los productores comercializar únicamente productos se-

guros y a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para imponer a los productores el respeto de las obligaciones que les corresponden. En todos los casos, cuando un producto presenta un peligro grave e inmediato para la salud y la seguridad de los consumidores, la Comunidad ha establecido un procedimiento de alerta (artículos 8 y 9 de la Directiva) basado en un mecanismo de información rápida que puede desembocar, en determinadas condiciones muy precisas, en una decisión comunitaria.

Asimismo, se encuentra sometida a debate en el Consejo, tras haber recibido el apoyo del Parlamento, una propuesta modificada del Parlamento y del Consejo, en la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de las mercancías.

Esta decisión obligaría a los Estados miembros a notificar a la Comisión y a los demás Estados miembros aquellos casos en que un Estado miembro obstaculice la libre circulación de mercancías, a pesar de que hayan sido legalmente fabricadas o comercializadas en un Estado miembro. El interés de la misma consistiría en permitir a la Comisión y a los Estados miembros prever una solución a los casos surgidos a escala europea.

2.— En el ámbito armonizado, las directivas se adoptan en virtud de lo establecido en el artículo 100 A del Tratado CE, que obliga a la Comisión a tomar como base un nivel de protección elevado de los consumidores. En especial, las directivas de «nuevo enfoque» establecen el nivel de protección en forma de exigencias básicas que deben cumplir obligatoriamente los productos para su comercialización.

Asimismo, los procedimientos de evaluación de la conformidad o los procedimientos de certificación aplicables a cada directiva se definen en la actualidad según las modalidades de las Decisiones 90/683/CEE de 13 de diciembre de 1990 y 93/465/CEE de 22 de julio de 1993, denominadas decisiones «módulos».

La Comisión considera que el conjunto de este dispositivo permite garantizar tanto el principio de la libre circulación de los productos como un nivel elevado de protección de los consumidores, y a cuya realización debe contribuir la Comunidad.»

27. Pregunta escrita núm. 303/95 de Amedeo Amadeo (9 de febrero de 1995) Asunto: Protección del consumidor. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (14 de marzo de 1995) (DOCE, C, núm. 139, de 5 de junio de 1995).

Pregunta: «El sistema de indicación de los precios actualmente en vigor en la Unión Europea prevé que los Estados miembros puedan conceder a algunos productos una exención por lo que se refiere a la indicación del precio por unidad de medida siempre que dichos productos se vendan con una gama normalizada o con una gama nacional (durante un período transitorio que termina el 7 de julio de 1995).

La existencia de múltiples dimensiones estándar (gamas prefabricadas de los productos en un mercado en el que existen dimensiones estándar europeas y nacionales dificulta la comparación de precios por parte del consumidor; por otra parte, la protección del consumidor en lo referente a la indicación de los precios, requiere que se indique el precio por la unidad de medida.

¿Puede decir la Comisión por qué se ha prorrogado cuatro años el sistema actualmente en vigor y cómo piensa regular este ámbito en el futuro?»

Respuesta: «La aplicación por los Estados miembros del dispositivo iniciado en 1979 y completado en 1988, que preveía un estrecho vínculo entre la indicación de precios, especialmente del precio por unidad de medida y las gamas de preembalaje, resultó ser demasiado compleja.

A fin de mejorar la eficacia de la legislación vigente y en aplicación del principio de subsidiariedad, la Comisión anunció en noviembre de 1993 una simplificación del dispositivo. Así pues, se realizaron amplias consultas a lo largo de 1994 sobre la revisión prevista de las directivas relativas a la indicación de los precios. La redefinición del dispositivo debería permitir una mejora de la protección de los consumidores y, en especial, su información sobre los precios de los productos.

No obstante, junto con la reestructuración del régimen actual debería realizarse una redefinición del régimen actual relativo a las gamas de preembalaje. En efecto, la Comisión, en sus propuestas futuras, deberá tener en cuenta la totalidad de los intereses implicados.

Sin embargo, debido a la proximidad de la fecha límite del período transitorio previsto en el dispositivo vigente, la Comisión ha propuesto una acción con carácter cautelar a la espera de la definición del régimen futuro. Este es el sentido de la propuesta de Directiva en la que se prevé el aplazamiento durante cuatro años de la fecha del 7 de junio de 1995 establecida para la finalización del período transitorio.

Esta propuesta se encuentra en la actualidad sometida a examen por el Parlamento, el Consejo y el Comité Económico y Social.»

MEDIO AMBIENTE

28. Propuesta de Directiva (CE) del Consejo relativa a la *prevención y el control integrados de la contaminación*; enmiendas del Parlamento Europeo (DOCE, C, núm. 18, de 23 de enero de 1995).

Las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva del Consejo (texto de la Comisión en DOCE, C, núm. 311, de 17 de noviembre de 1993, no reseñado en la Crónica ADC), hacen hincapié en el principio «quien contamina paga», reforzando las exigencias para la entidad contaminante e incidiendo no sólo en el procedimiento de concesión de permisos, sino también en las obligaciones que ha de cumplir el titular de una instalación en cuanto a la protección del medio ambiente en su conjunto. En esta tarea, el Parlamento pone especial énfasis en la necesidad de utilización de las *mejores técnicas disponibles*, tanto para la medición de la contaminación como para su corrección. Asimismo, en la concesión del permiso de explotación de una instalación potencialmente contaminante se habrá de comprobar que el titular está adecuadamente asegurado frente a los efectos nocivos de contaminación que pudieran surgir de la planta (enmienda 28). En relación con las instalaciones existentes, la enmienda 31 faculta a los Estados miembros para adoptar las disposiciones legislativas necesarias para asegurar la imposición de gravámenes sobre las emisiones de contaminantes que no se habrían producido si se hubieran empleado las mejores técnicas posibles.

29. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el *Crecimiento económico y medio ambiente: Implicaciones para la política económica* (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo). (DOCE, C, núm. 155, de 21 de junio de 1995).

El CES se pronuncia acerca de la Comunicación de la Comisión por la que se debaten las implicaciones que para las políticas económicas europeas representa la asunción del principio de un crecimiento sostenible que respete el medio ambiente, sancionado en el art. 2 del Tratado de Maastricht, y el principio de la integración de la protección del medio ambiente en todas las políticas comunitarias. Los temas que analiza el dictamen en relación con la generalidad de la Comunicación son los riesgos de un planteamiento demasiado genérico y abstracto, así como el excesivo hincapié que se hace en los riesgos de la contaminación industrial y los impuestos, dejando de lado las consecuencias medioambientales de otras actividades económicas, como el sector servicios, o solapando aspectos importantes como el de la generación de residuos, contaminación de las aguas, impacto de los sistemas de transporte, comportamiento de los consumidores y producción...

Como consideraciones específicas, el CES incide en la necesidad de disponer de instrumentos estadísticos que integren la contabilidad medioambiental en las cuentas económicas tradicionales; en la internacionalización de los costes medioambientales; en los efectos de los impuestos ecológicos en el crecimiento y en el empleo; en la necesidad de conducir la transición hacia un desarrollo sostenible, mediante la adopción de una estrategia a largo plazo...

30. Pregunta escrita núm. 2065/94 de Hiltrud Breyer al Consejo (3 de octubre de 1994) Asunto: *Medio ambiente, comercio y transparencia*. Respuesta (31 de enero de 1995) (DOCE, C, núm. 55, de 6 de marzo de 1995).

Pregunta: «En la reunión del 20 de julio de 1994 la subcomisión del Consejo del GATT debatió los resultados de un grupo de investigación del GATT que se pronunciaba en contra de los Estados Unidos en el caso conocido como tñidos/delfines. Estos resultados todavía no se han dado a conocer oficialmente. En opinión de este grupo de investigación, el uso que los Estados Unidos hacen de la ley de protección de mamíferos marinos para impedir a los pescadores extranjeros el acceso a las aguas adyacentes a los Estados Unidos constituye un ejemplo inaceptable de la utilización de la preocupación por el medio ambiente para crear barreras al comercio. La solicitud de admitir en el GATT a grupos comprometidos con la protección del medio ambiente que pudieran emitir opiniones fue rechazada, entre otros, por la Unión Europea (fuente: *International Environmental Reporter* de 10 de agosto de 1994).

1. ¿Es cierta esta información?
2. ¿Comparte la Unión Europea la opinión del grupo de investigación?
3. ¿Cómo se compagina la negativa a admitir a los grupos comprometidos con la protección del medio ambiente con la política oficial de transparencia de la Unión Europea?
4. ¿Cómo se compagina esto con los esfuerzos de la Comisión por involucrar a estos grupos, como por ejemplo, «Amigos de la Tierra» en la aplicación del Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo?

5. ¿Cómo se compagina, por último, con el Consejo de Medio Ambiente de julio de 1994 cuando, por primera vez, representantes de la Oficina Europea del Medio Ambiente se entrevistaron con los ministros del medio ambiente durante una reunión formal del Consejo de Medio Ambiente?»

Respuesta: «Tras el fracaso de las consultas celebradas según el Artículo XXIII.1 del GATT, la Comunidad Europea y, en nombre de las Antillas Holandesas, el Reino de los Países Bajos, solicitaron la creación de un grupo de expertos de conformidad con el Artículo XXIII.2 del GATT para examinar la compatibilidad con las normas del GATT referentes a las prohibiciones de importación sobre determinados tipos de atún y productos de atún impuestas por los Estados Unidos, de conformidad con la Ley de protección de mamíferos marinos. Esta ley prohíbe la importación con fines comerciales de cualquier pescado o producto de pescado obtenido mediante un método que produzca la muerte accidental o heridas graves a mamíferos marinos por encima de la norma de los EE.UU., que en este caso específico afecta a los delfines.

El asunto debatido no era la validez de los objetivos medioambientales de los Estados Unidos de protección y conservación de los delfines. En realidad, el objetivo del desarrollo sostenible, que incluye la protección y conservación del medio ambiente, ha sido ampliamente reconocido por las partes contratantes del GATT. El asunto era sí, en la persecución de sus objetivos medioambientales, los Estados Unidos como parte contratante del GATT podría imponer embargos comerciales para garantizar cambios en las políticas que otras partes contratantes persigan dentro de sus propias jurisdicciones. En otras palabras, el asunto era el de la interpretación de las normas del GATT, un tema que parece quedar fuera de la competencia de los expertos ecológicos.

El grupo de expertos del GATT presentó su informe a las partes en controversia el 20 de mayo de 1994 y, como sin duda sabe su Señoría, el informe era favorable a los demandantes.

El informe fue también hecho público y no puede rebatirse en opinión del Consejo, que la Comunidad adoptó una actitud restrictiva con respecto a los grupos ecológicos en este caso. En verdad, la Unión Europea ha mostrado en diversas ocasiones su compromiso con el principio de transparencia en el marco de varias organizaciones internacionales en las que la Comunidad y sus Estados miembros participan.

Sin duda Su Señoría está al tanto de que la cuestión de comercio y medio ambiente constituye un tema nuevo de gran importancia que debe ser tratado en la OMC. Siguiendo la declaración ministerial de Marrakech en este aspecto ha comenzado ya un intenso trabajo del Comité preparatorio creado en Ginebra. En el transcurso de estos procedimientos, la Unión Europea tendrá una nueva oportunidad para reiterar su compromiso con el principio de transparencia y para proporcionar a los grupos ecológicos la más amplia información posible.»

31. Pregunta escrita núm. 279/95 de Magda Aelvoet a la Comisión (9 de febrero de 1995) Asunto: Acceso a los tribunales por parte de las asociaciones medioambientales. Respuesta de la Sra. Bjerregaard en nombre de la Comisión (17 de marzo de 1995) (DOCE, C, núm. 139, de 5 de junio de 1995).

Pregunta: «La Comisión Europea ha encargado a la organización Environmental Law Network-International la elaboración de un estudio sobre el acceso a los tribunales por parte de las asociaciones medioambientales. Di-

cho estudio concluye proponiendo una Directiva relativa a este tema. Sin embargo, nunca más se ha sabido nada sobre esta iniciativa.

1. ¿Cuándo finalizó la elaboración del estudio mencionado?
2. ¿Por qué la Comisión ha dejado de ocuparse de este asunto?
3. ¿Por qué no se ha presentado ninguna Directiva relativa a este tema?»

Respuesta: «La Comisión no tiene conocimiento del estudio a que se refiere Su Señoría sobre acceso a los tribunales en asuntos medioambientales por parte de organizaciones no gubernamentales de medio ambiente.

La Comisión, sin embargo, está estudiando el tema como parte de un análisis más amplio sobre la manera de mejorar la transposición, aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario de medio ambiente.

El tema debe considerarse también desde el punto de vista del principio de subsidiariedad y de la voluntad de implicar a los ciudadanos en el cumplimiento del Derecho medioambiental. El punto de partida sigue siendo que la Comisión es la que debe velar por el cumplimiento del Derecho comunitario (artículo 155 del Tratado CE).»

RESPONSABILIDAD POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS

32. Pregunta escrita núm. 810/94 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión (23 de marzo de 1994) Asunto: *Propuesta sobre la responsabilidad civil en el sector de servicios*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (25 de abril de 1994) (DOCE, C, núm. 17, de 23 de enero de 1995).

Pregunta: «¿Puede informar la Comisión de si piensa presentar la iniciativa en cuanto a la revisión de la propuesta sobre responsabilidad civil en el sector de servicios?»

Respuesta: La Comisión reexamina en la actualidad la propuesta de Directiva sobre la responsabilidad del prestatario de servicios, que presentó el 20 de abril de 1990. Para ello, la Comisión tiene en cuenta el contexto general que, por lo que respecta a la apreciación de esta propuesta, está formado por las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo y el nuevo artículo 129 A del Tratado CE, a los que se suman las constataciones de hecho que son la reacción negativa del Comité Económico y Social, el significado político de las enmiendas presentadas por el Parlamento y las fuertes críticas de diversos medios profesionales del sector de servicios.

La Comisión tiene la intención de finalizar muy pronto el examen de este asunto, para lo cual informará lo más pronto posible al Parlamento y al Consejo de la posición que haya adoptado.»

33. Pregunta escrita núm. 1996/94 de Carmen Díez de Rivera Icaza a la Comisión (19 de septiembre de 1994). Asunto: *Responsabilidad en la prestación de servicios*. Respuesta de la Sra. Scrivener en nombre de la Comisión (13 de octubre de 1994) (DOCE, C, núm. 36, de 13 de febrero de 1995).

Pregunta: «¿Podría la Comisión indicar si tiene la intención de presentar próximamente la Directiva relativa a la responsabilidad de los prestadores de servicios? En caso afirmativo, ¿podría establecer una fecha?»

Respuesta: «La comisión adoptó el 23 de junio de 1994 una Comunicación al Consejo y al Parlamento relativa a las nuevas orientaciones en materia de responsabilidad del prestador de servicios. Esta Comunicación implica la retirada de la propuesta de Directiva de 1990.

La Comisión continuará sus trabajos en función de tres ejes:

- La mejora de la información del consumidor.
- La preparación de textos específicos de determinados sectores para los que se haya confirmado una necesidad especial.
- Y el apoyo de iniciativas en materia de acceso a la justicia.»

LIBERTADES

34. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a facilitar el *ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquél en el que se expidió el título.* (DOCE, C, núm. 128, de 24 de mayo de 1995).

La presente propuesta de Directiva se dirige a establecer las condiciones para facilitar el ejercicio de la abogacía por cuenta propia o ajena en un Estado miembro distinto de aquél en el que se obtuvo el título profesional. En ella se regulan distintas situaciones: A) en primer lugar se hace alusión al derecho que asiste a los abogados para ejercer en otro Estado distinto del *de origen* (Estado miembro en que el abogado haya adquirido el derecho de utilizar uno de los títulos profesionales que le habilitan como abogado), por un período de cinco años, las mismas actividades profesionales que los abogados que ejerzan con el título profesional en el *Estado miembro de acogida*. A estos efectos el art. 3 establece las condiciones de inscripción en el Estado de acogida y el art. 4 los aspectos relacionados con la ostentación del título de origen (lengua utilizable, situaciones de riesgo de confusión...). En particular, los abogados podrán prestar *asesoramiento jurídico* con arreglo al Derecho de su Estado miembro de origen, al Derecho comunitario e internacional y al del Estado miembro de acogida. Se establecen, asimismo, algunas reservas: los Estados miembros que en su territorio autoricen a una determinada categoría de abogados para extender *actos auténticos* que habiliten para la administración de bienes de personas fallecidas o relativos a la creación o cesión de derechos reales sobre bienes inmuebles, que, en otros Estados se reserven a profesiones distintas de la de abogado, podrán excluir de dichas actividades a los abogados que ejerzan con su título profesional de origen expedido en uno de estos últimos Estados miembros; en el mismo sentido restrictivo, cuando la legislación de un Estado miembro de acogida exija la presencia obligatoria de un abogado para la representación y defensa de un cliente ante un órgano judicial, dicho Estado miembro podrá exigir que los abogados que ejerzan con su título profesional de origen *actúen concertadamente*, bien con un abogado, bien con un procurador del Estado de acogida.

B) En segundo término, la propuesta de Directiva establece las condiciones en las que un abogado puede asimilarse al del Estado miembro de acogida (art. 10). Para ello estarán dispensados, con carácter general, de la prueba de aptitud que pudiera exigirse en aplicación de la Directiva 89/48/CEE, si acredita una actividad efectiva y permanente de una duración mínima de tres años en relación con el Derecho del Estado miembro de acogida, incluido el

Derecho comunitario; tan sólo podrán quedar sujetos a una prueba de aptitud limitada al *Derecho procesal* y a las normas de deontología del Estado de acogida.

C) Los arts. 11 y 12 se refieren a los requisitos y condiciones del ejercicio de la abogacía en grupo.

35. Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, confiriendo competencias a la Comisión para la actualización de algunos artículos. (DOCE, C, núm. 133, de 31 de mayo de 1995).

36. Pregunta escrita núm. 2324/94 de Brigitte Langenhagen a la Comisión (15 de noviembre de 1994). Asunto: Reconocimiento de títulos en la Unión Europea. Respuesta del Sr. Ruberti en nombre de la Comisión (11 de enero de 1995) (DOCE, C, núm. 75, de 27 de marzo de 1995).

Pregunta: «¿Cómo interpreta la Comisión el segundo guión del apartado 2 del artículo 126 del Tratado de la Unión Europea en el que se dice que se fomentará «en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios»?»

¿Cómo se han repartido las competencias en este campo entre los Estados miembros y la Comisión? ¿Cómo piensa intervenir la Comisión en el caso de que un Estado miembro no reconozca los títulos o el diploma de bachillerato de otros Estados miembros? ¿Existe ya en este ámbito una armonización de las disposiciones legales y administrativas? ¿Existe quizás ya un fallo del Tribunal de Justicia sobre este particular o algún otro precedente?

¿Considera la Comisión que es compatible con el Derecho comunitario que las autoridades alemanas consideren insuficiente un título de bachillerato danés (rama de lenguas) para estudiar oceanografía en Alemania, alegando que para este tipo de estudios se requiere haber seguido la rama de matemáticas?»

Respuesta: «El artículo 126 del Tratado CE pide que se lleve a cabo una acción comunitaria para fomentar el reconocimiento académico de los títulos y los períodos de estudios. Los Estados miembros tienen competencias al respecto como parte de su responsabilidad general en la organización de sus sistemas de enseñanza. Debido a la autonomía de las universidades, los Estados miembros han delegado esta competencia en ellas, que deciden con independencia sobre las cuestiones relativas al reconocimiento académico.

La Comunidad ha emprendido una serie de acciones para fomentar el reconocimiento académico, especialmente en el marco del programa Erasmus, tales como el Sistema de transferencia de créditos académicos de la Comunidad Europea, que refuerza la transparencia y contribuye a crear un clima de confianza mutua entre el personal académico y las instituciones.

Las redes comunitarias de centros nacionales de información ofrecen asimismo apoyo y coordinación, especialmente Eurydice (educación en general) y Naric (información y asesoramiento sobre el reconocimiento académico).

El reconocimiento de títulos o certificados de fin de estudios forma parte de los procedimientos de reconocimiento académico que son competencia de los Estados miembros y, en especial, de las instituciones anfitrionas. En caso

de no reconocimiento, la Comisión solamente interviene si se trata de un trato discriminatorio por motivos de nacionalidad. Existen una serie de decisiones del Tribunal sobre este aspecto concreto (por ejemplo, Gravier 293/83, Blaizot 24/86 y Erasmus 242/87).»

PROPIEDADES ESPECIALES

37. Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías pirata (DOCE, C, núm. 18, de 23 de enero de 1995). *Vid.*, el Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 en el núm. 4 de la Crónica anterior y el Reglamento 1367/95, de la Comisión, en el núm. 22 de la presente Crónica.

38. Pregunta escrita núm. 2046/94 de Gérard Deprez a la Comisión (3 de octubre de 1994). Asunto: Copia de grabaciones con fines privados. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (4 de noviembre de 1994) (DOCE, C, núm. 75, de 27 de marzo de 1995).

Pregunta: «¿Es cierto que la Comisión se propone estudiar una vez más la cuestión de la copia de grabaciones fonográficas con fines privados, con vistas a una posible armonización de la correspondiente legislación de los Estados miembros?»

Respuesta: «La Comisión está estudiando el tema de la armonización de determinadas normas sobre derechos de autor y derechos afines aplicables a la copia privada. En efecto, la Comisión indicó en su Comunicación «Acciones derivadas del Libro Verde-Programa de trabajo de la Comisión en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines» que estudiaba la posibilidad de presentar una propuesta de Directiva sobre la copia privada de fijaciones sonoras y audiovisuales.

La Comisión examina este tema por estar relacionado con la realización del mercado interior y por la necesidad de garantizar a los derechohabientes un nivel de protección elevado, objetivo que han reconocido y aprobado tanto el Parlamento como el Consejo (Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines).

Por lo que se refiere al funcionamiento del mercado interior, la existencia de sistemas de exacción aplicables a los soportes vírgenes y aparatos de grabación sobre una base meramente nacional crea obstáculos a los intercambios y falsea la competencia.»

39. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Diseño Comunitario, y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños. (DOCE, C, núm. 110, de 2 de mayo de 1995).

El Comité Económico y Social emite Dictamen sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Diseño Comunitario (reseñada en la Crónica aparecida en A.D.C., 1994, Fasc. III,

pp. 115-148, núm. 31) y de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (reseñada en la Crónica aparecida en *A.D.C.*, 1994, Fasc. I, pp. 229-275, núm. 60). El primero tiende a establecer un régimen único que ofrezca la suficiente protección al *diseño europeo*, mientras que la segunda tiende a garantizar un período transitorio de respeto a las peculiaridades de la protección otorgada hasta la fecha por las legislaciones estatales y a establecer un régimen de protección paralelo, armonizado pero no unificado, para los diseños que no accedan a la cualidad de *diseño comunitario*. El Dictamen establece precisiones exclusivamente en relación con la propuesta de Reglamento, aprobando plenamente la propuesta de Directiva.

PERSONAS JURÍDICAS

40. Pregunta escrita núm. 554/94 de Sotiris Kostopoulos a la Comisión (15 de marzo de 1994) Asunto: *Reconocimiento en el Derecho comunitario de la personalidad jurídica de las uniones de colectividades locales transfronterizas*. Respuesta del Sr. Millán en nombre de la Comisión (4 de mayo de 1994) (DOCE, C, núm. 6, de 9 de enero de 1995).

Pregunta: «¿Tiene la Comisión intención de estudiar y presentar propuestas legislativas que permitan reconocer en el Derecho comunitario la personalidad jurídica de las uniones de colectividades locales transfronterizas, con objeto de que éstas puedan llevar a cabo acciones comunes en ámbitos de interés comunitario y tengan acceso a los programas y acciones de la Comunidad?»

Respuesta: «La organización de la cooperación transfronteriza dentro de los Estados miembros compete a las instancias administrativas y judiciales de cada uno de ellos.

Ante la próxima aplicación de la iniciativa comunitaria INTERREG II para el período de programación de 1994-1999, la Comisión tiene intención de elaborar una guía de la cooperación transfronteriza e interregional que permita a los agentes de esta cooperación comparar los diferentes sistemas jurídicos y administrativos de cada Estado miembro, ayudándoles así a captar sus ventajas e inconvenientes para que puedan elegir la fórmula que se adapte mejor a esta actividad.»

41. Pregunta escrita núm. 2384/94 de Gerardo Fernández Albor a la Comisión (22 de noviembre de 1994). Asunto: *Estado actual de la adaptación de las legislaciones nacionales de la regulación comunitaria sobre las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*. Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (21 de diciembre de 1994) (DOCE, C, núm. 75, de 27 de marzo de 1995).

Pregunta: «Entre las medidas que más esperanzas despertaron para intentar reducir el número de desempleados en la Unión Europea, cabe destacar la regulación comunitaria sobre las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, ya que lleva varios ejercicios en vigor.

Con este modelo de sociedad se pretendía, entre otras aspiraciones, facilitar que los golpeados por el desempleo tuvieran la posibilidad de acceder a la condición de empresario, dejando de ser un parado.

No obstante, parece ser que es escaso el número de países comunitarios que adaptaron a sus legislaciones las disposiciones aprobadas comunitariamente sobre el particular.

¿Tiene conocimiento la Comisión de cuántos países de la Unión Europea que han adaptado a sus legislaciones las disposiciones comunitarias sobre las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, y qué balance puede ofrecer sobre los resultados obtenidos en los países de efectiva aplicación de esta modalidad de sociedad, que atrajo el interés comunitario por las expectativas que despertó su regulación?»

Respuesta: «La Directiva 89/667/CEE relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único fue incorporada por todos los Estados miembros, a excepción de Bélgica y España, contra los que se inició un procedimiento de infracción, por la no comunicación de las medidas nacionales de ejecución.

La Comisión no cuenta todavía con los elementos necesarios para evaluar el uso que han hecho las empresas de esta forma de sociedad.»

MATERIAS VARIAS: GATT E INCIDENCIA DE LA RONDA URUGUAY, PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, COMPETENCIA, VENTAJAS FISCALES EN ESPAÑA, COMPRAVENTA DE INMUEBLES, NACIONALIDAD ESPAÑOLA, RESPONSABILIDAD POR CONCESIÓN DE CRÉDITOS, TRASPASO DE EMPRESAS, TELEVISIÓN POR CABLE, TJCE Y TPICE

42. Dictamen sobre la propuesta de Reglamento (CE) de la Comisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. (DOCE, C, núm. 133, de 31 de mayo de 1995). *Vid.*, el núm. 7 de la presente Crónica.

43. Pregunta escrita núm. 1951/94 de Joaquín Sisó Cruellas a la Comisión (12 de septiembre de 1994). Asunto: Ventajas fiscales de algunas regiones españolas. Respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (18 de octubre de 1994) (DOCE, C, núm. 30, de 6 de febrero de 1995).

Pregunta: «Las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra (España) ofrecen ventajas fiscales a aquellas empresas que se instalen en sus localidades, por lo que algunas instituciones y colectivos españoles han presentado recursos contra estas ventajas fiscales practicadas en el País Vasco y Navarra.

Este diputado quisiera conocer la postura de la Comisión respecto de la situación creada por la aplicación de esas ventajas fiscales en estas dos regiones españolas, y si la Comisión puede o debe tomar medidas que eviten dichas prácticas.»

Respuesta: «En lo que respecta al sistema de ayudas fiscales a la inversión, instaurado por las Normas Forales 28/1988 de Alava, 8/1988 de Vizcaya y 6/1988 de Guipúzcoa, la Comisión, en su Decisión de 10 de mayo de 1993 (93/337/CEE), concluyó que, en lo que se refiere a las medidas relativas al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dichas ayudas son incompatibles con el mercado común, con

arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. Para más detalles acerca de la posición de la Comisión al respecto, su Señoría puede remitirse a la citada decisión.

En cuanto a las medidas fiscales instauradas por la Ley Foral 12/93 de Navarra, las Normas Forales 18/1993 de Alava, 5/1993 de Vizcaya y 11/1993 de Guipúzcoa, la Comisión ha iniciado una investigación sobre su compatibilidad con el mercado común, con arreglo al apartado 1 del artículo 92.»

44. Pregunta escrita núm. 1674/94 de Jean-Marie Le Pen al Consejo (1 de septiembre de 1994). Asunto: *Compra de una propiedad inmobiliaria en Austria por parte de un ciudadano de otra nacionalidad*. Respuesta (2 de diciembre de 1994) (DOCE, C, núm. 30, de 6 de febrero de 1995).

Pregunta: «Austria, que próximamente formará parte de la Unión Europea, no reconoce el sistema de doble nacionalidad; es más, algunos Lander prohíben incluso el acceso a la propiedad inmobiliaria a todas aquellas personas que no sean de nacionalidad austríaca. Esta legislación imposibilita a una mujer casada con un ciudadano francés la compra de la propiedad inmobiliaria de sus padres. ¿La entrada de Austria en la Unión Europea resolverá acaso esta situación? En caso negativo, ¿no se trata de una situación contraria al espíritu y a la letra del Tratado de Roma?»

Respuesta: «1. El Consejo llama la atención sobre el tercer guión del artículo B del Tratado de la Unión Europea, según el cual la Unión tiene como objetivos: fortalecer la protección de los derechos y los intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la instauración de una ciudadanía de la Unión. A partir de la entrada en vigor del Tratado de adhesión de Noruega, Austria, Finlandia y Suecia y del acto relativo a las condiciones de adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión éstos estarán en la misma situación con relación a los principios generales del derecho comunitario que los Estados miembros actuales. Entre estos principios figuran, en particular, la igualdad de trato a los ciudadanos y la prohibición de un Tratado discriminatorio fundado en la nacionalidad, en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

2. En lo que se refiere a la adquisición de bienes inmobiliarios por nacionales de otros Estados miembros, se aplican igualmente los principios generales antedichos. Sin embargo, en el artículo 70 del Acta de Adhesión se prevé que «Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en los Tratados en que se basa la Unión Europea, la República de Austria podrá mantener su legislación vigente sobre residencias secundarias durante el período de cinco años a partir de la fecha de adhesión».

Además, el acta final contiene la siguiente declaración común: «Nada en el acervo comunitario impide que los Estados miembros de forma individual adopten medidas de carácter nacional, regional o local relativas a residencias secundarias, siempre que ello sea necesario para la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, y se apliquen sin discriminación directa o indirecta entre los nacionales de los Estados miembros, de conformidad con el acervo». Por lo demás, el Tratado de Adhesión no prevé, para Austria, ninguna otra acepción al acervo comunitario en lo que se refiere a la adquisición de bienes inmobiliarios por parte de nacionales de otros Estados miembros.

3. En último lugar, en lo que se refiere más precisamente a la pregunta final de Su Señoría, es el Tribunal de Justicia quien tiene la competencia para pro-

nunciarse sobre la interpretación del Tratado y es la Comisión la responsable de velar por su aplicación.»

45. Pregunta escrita núm. 1802/94 de Jaak Vandemeulebroucke a la Comisión (1 de septiembre de 1994). Asunto: *Solicitud de la nacionalidad española; requisitos.* Respuesta del Sr. Vanni d'Archirafi en nombre de la Comisión (13 de octubre de 1994) (DOCE, C, núm. 30, de 6 de febrero de 1995).

Pregunta: «Las autoridades españolas han pedido a una mujer belga que había solicitado la obtención de la nacionalidad española que cambiara su nombre de pila flamenco por la versión española. Esta mujer reside en España desde hace 30 años, está casada con un español y tiene un hijo de nacionalidad española.

¿Considera la Comisión que estas disposiciones son compatibles con la legislación y el espíritu de la UE? ¿Puede indicar la Comisión si considera estos hechos aceptables a la luz de la "ciudadanía de la Unión" establecida por el Tratado de Maastricht? ¿Considera la Comisión que este caso es compatible con el principio de la "libre circulación de personas"?»

Respuesta: «El apartado 1 del artículo 8 del Tratado CE establece que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro».

Este artículo debe leerse en conexión con la «Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro» adjunta al Tratado, que dice lo siguiente: «cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate».

De ello se desprende que las condiciones relativas a la adquisición, mantenimiento o pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro, así como las relativas a la eventual adaptación del nombre de pila, son competencia exclusiva del Estado miembro afectado y no son reguladas por el Derecho comunitario.»

46. Pregunta escrita núm. 2792/94 de Magda Aelvoet a la Comisión (11 de enero de 1995) Asunto: *Responsabilidad de los bancos ante la concesión de créditos.* Respuesta de la Sra. Bjerregaard en nombre de la Comisión (14 de febrero de 1995) (DOCE, C, núm. 139, de 5 de junio de 1995).

Pregunta: «La Comisión de las Comunidades Europeas se ha comprometido a elaborar una Directiva por la que se responsabilice a los bancos de los daños al medio ambiente en caso de que concedan créditos a empresas contaminantes.

¿Cuál es la situación en relación con esta iniciativa?»

Respuesta: La Comisión no está elaborando dicha Directiva. Sobre la base del Libro Verde de la Comisión sobre reparación del daño ecológico y de las numerosas observaciones recabadas en respuesta al mismo, la Comisión examina en la actualidad diferentes opciones para establecer un sistema comunitario en materia de responsabilidad medioambiental. Esto está en consonancia con la petición del Parlamento (Resolución del 20 de abril de

1994) a la Comisión de presentar una propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil con respecto al (futuro) daño ecológico. El objetivo general de dicha Directiva será conseguir que el responsable de la contaminación pague por los daños que ésta ocasione e incitar así a las partes potencialmente responsables a tomar medidas para prevenir los daños. De esta forma se aplicarán el principio de quien contamina paga y el principio preventivo, ambos recogidos en el Tratado de la Unión Europea.»

47. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. (DOCE, C, núm. 133, de 31 de mayo de 1995).

El texto de la Directiva del Consejo 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad ha suscitado una serie de dudas interpretativas a las que el TJCE ha tenido que hacer frente en los pasados años; del mismo modo, su desarrollo por parte de los Estados miembros no ha sido del todo efectivo (*vid.*, entre las últimas, la STJCE de 8 de junio de 1994, As. C-382/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, reseñada en el núm. 104 de la Crónica anterior). En especial, uno de los puntos débiles de la Directiva es la falta de una protección específica para los trabajadores transferidos en el marco de los procedimientos de quiebra o de graves dificultades económicas de la empresa; situación que el TJCE ha considerado no incluida en el ámbito de protección de la Directiva cuando el procedimiento de liquidación no permita la supervivencia de la sociedad.

En este contexto la Comisión ha considerado oportuno revisar la Directiva (*vid.*, Propuesta en DOCE, C, núm. 274, de 1 de octubre de 1994), incidiendo el presente Dictamen en alguno de los aspectos a mejorar. En relación con el texto de la Comisión el Comité Económico y Social propone la fijación de una noción de trabajador extraída de la que el TJCE ha decantado para la Directiva de 1977; en el mismo tono, la aceptación de una concepción lata o amplia de lo que haya de entenderse por *traspaso*; se está de acuerdo con la aplicación de la Directiva tanto a empresas públicas como privadas, así como a las sociedades sin ánimo de lucro; se admite también la extensión de la Directiva a los trabajadores con un contrato a tiempo parcial de duración determinada o trabajadores de una empresa de trabajo temporal. En el capítulo de las críticas que el Dictamen contiene, han de sumarse una, a juicio del CES, insuficiente regulación de los procesos de insolvencia que no excluyen definitivamente el recurso al uso fraudulento de procedimientos que, desde un punto de vista formal, son procedimientos de liquidación; se denuncia la falta de desarrollo de la dimensión transnacional de la información y de la consulta; el peligro que supone la exención de la obligatoriedad de informar y consultar en el caso de algunos tipos de empresa o de centros de actividad y de la limitación de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario que la propuesta de Directiva consagra en algunos supuestos.

48. Proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE relativa a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones (DOCE, C, núm. 76, de 28 de marzo de 1995).

El presente Proyecto de Directiva trata de completar -al igual que hizo en su día la Directiva 94/46/CE, de la Comisión, de 13 de octubre de 1994, respecto de las comunicaciones por satélite (reseñada en el núm. 24 de la Crónica anterior)- el ámbito de la Directiva 90/388/CEE, de 28 de julio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Este último instrumento se refería esencialmente a los servicios que tienen por objeto «mejorar las funciones de telecomunicación, por ejemplo, la conversión de protocolo, de código, de formato o de capacidad; servicios basados en la información, que tienen por objeto el acceso a las bases de datos, servicios de informática a distancia, servicios de registro y transmisión de mensajes, por ejemplo el correo electrónico, servicios de transacciones...etc.» (Considerando núm. 6 de la Directiva 90/388). Sin embargo, no todos los aspectos relacionados con los servicios de telecomunicaciones se incluían dentro de su radio de acción. De ahí que la Propuesta de Directiva que ahora se reseña se dirija a ampliar el ámbito de aplicación de la primera a la «utilización de redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones». El tenor de la Propuesta es exiguo. En su art. 1.1 se define qué se entiende por redes de televisión por cable, sentándose a continuación los dos principios cardinales de la regulación: la supresión de las restricciones al suministro de capacidad de transmisión, por una parte, y la garantía de la interconexión de las redes de Televisión por cable con la red pública de telecomunicación y la interconexión directa de las redes de Televisión por cable, por otra. En el art. 2 aparecen las cautelas que la Comisión ha estimado oportunas «para garantizar la transparencia y un trato no discriminatorio» centradas en el principio de control de la contabilidad y de contabilidad separada.

La filosofía que inspira el Proyecto se desprende de la mera lectura de los considerandos que anteceden al mismo (20 en total); las matizaciones que aparecen en el título de la propuesta son, asimismo, significativas: «prestación de servicios por telecomunicaciones». Ello implica que no afecta a la mera utilización de la red de televisión por cable para la distribución de señales radiodifundidas (por ejemplo, retransmisión de programas de televisión al público), aspecto regulado ya por la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993 en lo que a los derechos de autor se refiere (*Vid.*, Crónica aparecida en A.D.C., 1994, Fasc. I, pp. 229-275, núm. 20). De lo que se trata, precisamente, es de garantizar el acceso a la concesión y a la libre prestación de servicios a partir de otros Estados miembros «con fines distintos de los de distribución de programas de radio y televisión, en particular de nuevos servicios como el pago por sesión, la televisión interactiva y el vídeo a la carta, así como los servicios multimedia en la Comunidad, que si no, no podrían prestarse (Considerando 7). Así, por una parte, las restricciones al empleo de las redes de telecomunicación obedecen, en la mayoría de los Estados miembros, a la preservación de «la principal fuente de ingresos de los organismos de telecomunicaciones» (Considerando 5), de lo que se deriva que tienen por objeto «favorecer, en cada mercado nacional, a los organismos de telecomunicaciones de propiedad estatal y a los que los Estados miembros han otorgado derechos especiales o exclusivos» (Considerando 6). La situación así creada impide el desarrollo y la inversión de los operadores de Televisión por cable ante la existencia del restringido número de servicios que hasta la fecha pueden ofrecer. El Proyecto de Directiva trata de terminar con esta situa-

ción suprimiendo las restricciones dentro del marco de la libre competencia en los mercados de servicios de telecomunicación en general.

49. Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (fuente: Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, núm. 15/1995, pp. 3-13).

El Consejo Europeo, con la intención de crear un grupo de reflexión encargado de preparar los trabajos de la Conferencia intergubernamental de 1996, instó a las instituciones a que elaboraran informes relativos al funcionamiento del Tratado de la Unión de Europea. El Tribunal de Justicia, limitado por la obligación de reserva que su naturaleza de institución judicial le impone, dio cumplimentación a este requerimiento del Consejo.

El Tribunal de Justicia, resolviendo recursos directos, colaborando con los jueces nacionales a través de las cuestiones prejudiciales, emitiendo dictámenes sobre determinados acuerdos que las Comunidades pretenden celebrar, delimitando las competencias entre Comunidad y Estados miembros y entre instituciones, señalando las relaciones entre Derecho interno y Derecho comunitario, y salvaguardando el respeto tanto de los principios generales del Derecho como de los derechos fundamentales, actúa como guardián de la legalidad de los actos y de la aplicación uniforme de las normas comunes.

La Unión comparte la naturaleza de las Comunidades Europeas como comunidad de Derecho, cuyas normas vinculan a los Estados miembros. Por ello, el papel que juega el Tribunal de Justicia se estima como indispensable para mantener la preponderancia práctica del Derecho comunitario. La independencia de los órganos jurisdiccionales, la fuerza vinculante de las sentencias y la posibilidad de acudir a este Tribunal como medio para resolver los problemas jurídicos existentes dentro de la Comunidad (sistema de remisión prejudicial) son ideas que deben presidir toda decisión relativa a la articulación de la estructura judicial en el seno de la Unión Europea. En este sentido resulta especialmente significativo el art. L del Tratado de la Unión Europea, que excluye de la competencia del Tribunal de Justicia una serie de materias concretas, lo que puede cuestionar el lugar que ocupa este Tribunal como órgano jurisdiccional único que fije el Derecho para toda la Comunidad.

El Tribunal de Justicia se ha manifestado en un doble sentido a la hora de valorar su papel en el marco de la Unión Europea. Por un lado, ha aconsejado una serie de innovaciones que serían bienvenidas en aras a garantizar una mayor efectividad de su labor jurisdiccional: aceleración del procedimiento prejudicial para dotarlo de mayor eficacia, simplificación del procedimiento en asuntos de menor importancia, reducción de problemas en sede de cuestiones prejudiciales (aparte de resultar desaconsejable la fragmentación de la competencia prejudicial, estima inadecuado someter este tipo de cuestiones a un sistema de doble instancia, debido a la necesidad de delimitación de los efectos de las sentencias dictadas en primera instancia, así como la determinación de los sujetos legitimados para recurrir), simplificación de trámites en la regulación de las funciones internas del Tribunal... Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha tenido conocimiento y ha valorado positivamente una serie de propuestas de modificación de ciertos artículos que le afectan, aunque señalando la inconveniencia de desplazar al terreno judicial cuestiones susceptibles de solución por vía política: legitimación del Parlamento Europeo para interponer recurso de anulación sin necesidad de justifi-

car la existencia de un interés específico, facultad del Parlamento Europeo para solicitar al Tribunal dictamen sobre un acuerdo internacional que la Comunidad proyecte celebrar... Asimismo, el Tribunal de Justicia considera adecuada la estructura actual del sistema (justa distribución de competencias entre él y el Tribunal de Primera Instancia), aunque su propia evolución podría hacer aconsejable ciertas modificaciones: especialización de las Salas del Tribunal de Primera Instancia, creación de nuevos órganos jurisdiccionales comunitarios especializados, relación entre la ampliación de la Unión y el número de jueces del Tribunal (con limitaciones), relación entre la duración del mandato de los jueces y la independencia judicial y la continuidad de la jurisprudencia, participación de los abogados generales en la elección del Presidente del Tribunal de Justicia, prevención de las consecuencias de la inserción de un catálogo de derechos fundamentales en el texto del Tratado...

Las modificaciones introducidas por el Tratado de Unión Europea en relación con el Tribunal de Justicia han afectado tanto a su estatuto como a los reglamentos de procedimiento de este Tribunal y del Tribunal de Primera Instancia. Su incidencia, sin embargo, es limitada, habida cuenta de la reciente entrada en vigor de dicho Tratado, lo que ha hecho que muchas de sus innovaciones no se hayan llevado todavía a la práctica.

50. Contribución del Tribunal de Primera Instancia con vistas a la Conferencia Intergubernamental de 1996. (fuente: Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, núm. 15/1995, pp. 14-21).

Las actuales competencias del Tribunal de Primera Instancia son mucho más amplias que las inicialmente atribuidas a este órgano en el momento de su creación, aunque el incremento de asuntos presentados ante él permite considerar una ampliación de competencias en el futuro.

La buena administración de justicia y la protección de los justiciables hacen aconsejable adoptar una serie de medidas para adaptar este Tribunal a la nueva situación previsible. Así, ya se han adoptado medidas de funcionamiento interno (racionalización del número, estructura, organización y métodos de trabajo de las Salas; reducción de la fase oral del procedimiento; reducción de la extensión de las sentencias...), logrando una modificación del Reglamento interno del Tribunal de Primera Instancia. Asimismo, se propondrán al Consejo otra serie de medidas dirigidas esta vez a simplificar la tramitación de los autos, así como para hacer frente al creciente número de litigios: nombramiento de ponentes adjuntos, constitución de órganos unipersonales para ciertas materias, aumento del número de jueces del propio Tribunal... Del mismo modo, el Tribunal valora negativamente la posibilidad de creación de Tribunales regionales, de órganos jurisdiccionales especializados (no así de salas especializadas dentro del propio Tribunal de Primera Instancia)...

II. JURISPRUDENCIA

MERCANCÍAS

51. STJCE de 13 de diciembre de 1994, As. C 306/93, *Firma SMW Winzersekt GmbH contra Land Rheinland-Pfalz*. Cuestión prejudicial. Arts. 6.5,2 y 3 del Reglamento (CEE) n.º 2333/92 del Consejo, de 13 de

julio de 1992. Normas generales para la designación y presentación de los *vinos espumosos* y de los *vinos espumosos gasificados*. Prohibición de la referencia al método de elaboración denominado «*méthode champenoise*». Vulneración del derecho de libre ejercicio de actividades profesionales (no).

52. STJCE de 15 de diciembre de 1994, As. C 136/93, *Transáfrica SA contra Administración del Estado español*. Cuestión prejudicial. Art. 22 del Reglamento (CEE) n.º 2220/85 de la Comisión, de 22 de julio de 1985. Régimen de garantías de los *productos agrícolas*. Medidas relativas a la importación de maíz y sorgo procedente de países terceros en España: caso de *fuerza mayor* (no).

53. STJCE de 30 de marzo de 1995, As. C 65/93, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*. Adopción por el Consejo del Reglamento (CEE) n.º 3917/92, por el que se prorroga la aplicación de los Reglamentos (CEE) n.º 2831/90, 3832/90, 3833/90, 3834/90, 3835/90 y 3900/91, relativos a la aplicación de preferencias arancelarias a determinados productos originarios de países en desarrollo. Art. 43 del Tratado CEE: obligación de consultar al Parlamento. Solicitud de anulación: vicio sustancial de forma. Desestimación del recurso: incumplimiento por parte del Parlamento de su deber de cooperación.

LIBERTADES

54. STJCE de 6 de diciembre de 1994, As. C-277/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España*. Directivas 75/362/CEE, y Directiva 75/363/CEE, en su versión modificada por la Directiva 82/76/CEE. Libre circulación de personas. Incumplimiento de obligaciones por parte del *Reino de España* en relación con la remuneración de los períodos de formación en ciertas *especialidades médicas*.

55. STJCE de 16 de febrero de 1995, Ass. acumulados C-29/94 a C-35/94, *Jean-Louis Aubertin y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 82/489/CEE del Consejo, de 19 de julio de 1982. *Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios*. No se opone a la exención de la obligación de poseer título para los extranjeros, que sí se exija a los nacionales. Discriminación inversa; situación puramente interna.

56. STJCE de 23 de febrero de 1995, Ass. C-358/93 y C-416/93, *Aldo Bordessa y otros*. Cuestión prejudicial. Arts. 30 y 59 del Tratado; arts. 1 y 4 de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988. *Movimientos de capital*: la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra el terrorismo no justifican el sometimiento a autorización administrativa previa, que suspende la operación en cuestión. Sí cabe el requisito de declaración previa. Invocación directa ante el órgano judicial nacional de Directiva.

57. STJCE de 23 de marzo de 1995, As. C-365/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helena*. Libre circulación de personas. Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988.

Adaptación de la legislación nacional a la Directiva comunitaria. *Reconocimiento de los títulos* de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Adaptación parcial. Incumplimiento.

58. STJCE de 4 de mayo de 1995, As. C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen contra Lubor Gaal*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 12 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, relativo a la *libre circulación de trabajadores* dentro de la Comunidad. Libre circulación de personas. *Concepto de hijo*. Sometimiento a los límites de los arts. 10.1 y 11 del Reglamento (no).

59. STJCE de 10 de mayo de 1995, As. C-384/93, *Alpine Investments BV contra Minister van Financiën*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 59 del Tratado CEE. Libre prestación de servicios. *Venta a domicilio por teléfono* para servicios financieros. Inclusión en el ámbito de aplicación del art. 59 del Tratado CEE (sí). Normativa nacional de prohibición de esta práctica. Restricción a la libre prestación de servicios (sí). Excepción: referencia a inversiones en mercados futuros sobre mercancías, con la finalidad de protección de la confianza de los inversores en los mercados financieros nacionales.

COMPETENCIA

60. STJCE de 15 de diciembre de 1994, As. C-250/92, *Gottrup-Klim y otros Grovvareforeninger contra Dansk landbrugs Grovvarereselskab AmbA*. Cuestión prejudicial. Arts. 85 y 86 del Tratado. *Disposición estatutaria de sociedad cooperativa que prohíbe doble asociación a sus socios*: puede producir efectos negativos sobre la competencia (sí); puede constituir abuso de posición dominante (no). Intercambios intracomunitarios: pueden quedar afectados por operaciones de compra con productores de países terceros (sí). Competencia del juez nacionalidad sobre legalidad de acuerdo notificado a la Comisión en relación con el art. 85.1 (sí).

61. STJCE de 17 de enero de 1995, As. C-360/92 P, *The Publishers Association contra Comisión de las Comunidades Europeas*. *Recurso de casación*. Competencia. Art. 85 del Tratado CEE. Las *condiciones estándares uniformes para la venta de libros de precio fijo* (Net Books Agreements) no infringen el art. 85.1 del Tratado CEE. Anulación de la Sentencia de Primera Instancia por error de Derecho e insuficiencia en su motivación; anulación de los arts. 2, 3 y 4 de la Decisión 89/44/CEE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85, por error de motivación.

62. STJPICE de 12 de enero de 1995, As. T-102/92, *Viho Europe BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. El art. 85.1 no contempla los comportamientos que son obra de una unidad económica. *Sistema de distribución integrada* establecido por sociedad matriz para garantizar la venta de sus productos a través de filiales en diferentes países miembros: no atenta contra el art. 85.1. Trato discriminatorio

a tercero por parte de la sociedad matriz al no aplicarle precios y condiciones de venta análogos a los otorgados a los distribuidores independientes (no). Archivo de denuncia por la Comisión; falta de motivación; infracción del art. 190 del Tratado (no).

63. STPICE de 24 de enero de 1995, As. T-74/92, *Landbroke Racing (Deutschland) GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Solicitud de derecho de *retransmisión de imágenes televisivas* y comentarios sonoros sobre carreras hípcas; denegación. Denuncia de infracción de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE ante la Comisión. Requerimiento a la Comisión para que defina su postura en cuanto a la aplicación del art. 86 al caso concreto; inexistencia de respuesta. Recurso por omisión y recurso de anulación. Estimación parcial del recurso por omisión. Inadmisibilidad del recurso de anulación.

64. STPICE de 24 de enero de 1995, As. T 114/92, *Bureau européen des médias de l'industrie musicale (BEMIM) contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Reparto de mercado entre sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual. Solicitud de anulación de decisión de desestimación de denuncia por la Comisión (sí). Infracción del Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (no). Alcance de la noción de «interés comunitario»: no existe cuando los efectos de las infracciones alegadas sólo se experimentan en el territorio de un Estado miembro, cuyos órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas han conocido litigios entre la demandante y la entidad contra la que se dirige la denuncia. (*vid.*, también STPICE de 24 de enero de 1995, As. T-5/93, *Roger Tremblay y otros contra Syndicat des exploitants des lieux de loisirs [SELL]*).

65. STJCE de 9 de febrero de 1995, As. C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contra TFI Publicité SA y M6 Publicité SA*. Cuestión prejudicial. Arts. 30, 85, 86, 5 y 3, letra f) del Tratado, y Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989: no se oponen a la prohibición, por parte de un Estado miembro, de *publicidad* por los *organismos de radiodifusión televisiva* establecidos en su territorio.

66. STJCE de 23 de febrero de 1995, As. C-349/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana. Ayudas de Estado*. Decisión 90/224/CEE de la Comisión, de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a Aluminia y Comsal (empresas públicas). Obligación por el Gobierno italiano de suprimir dichas ayudas y exigir el reembolso de las empresas beneficiarias. Dificultades jurídicas y prácticas de aplicación de la Decisión: no es motivo de defensa suficiente contra un recurso por incumplimiento.

67. STJCE de 4 de abril de 1995, As. C-348/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República italiana. Ayudas de Estado*. Decisión 89/661/CEE de la Comisión, de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo. Art. 92.1, art. 92.3 y art. 93.3 del Tratado CEE. Ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. Incumplimiento de las obligaciones contraídas por la República italiana. Recurso de la Comisión: estimación parcial.

68. STJCE de 4 de abril de 1995, As. C-350/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República italiana*. Ayudas de Estado. Decisión 89/43/CEE de la Comisión, de 26 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno italiano a ENI-Lanerossi. Art. 92 y art. 93.3 del Tratado CEE. *Ayudas de Estado* incompatibles con el mercado común. Incumplimiento de las obligaciones contraídas por la República Italiana. Recurso de la Comisión: estimación parcial.

69. STJCE de 6 de abril de 1995, Ass. acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Decisión 89/205/CEE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988. Infracción del art. 86 del Tratado CEE. *Abuso de posición dominante*. Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia: desestimación. Suspensión de la ejecución del art. 2 de la Decisión. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991 (T-69/89, RTE y T-76/89, ITP): recurso de casación. Art. 86 del Tratado CEE. Perjuicio del comercio entre Estados miembros. Convenio de Berna de 1886. Art. 3 del Reglamento núm. 17: infracción. Art. 190 del Tratado CEE. Desestimación.

70. STJCE de 6 de abril de 1995, As. C-310/93 P, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Decisión 89/22/CEE de la Comisión, de 5 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 86 del Tratado CEE. Recurso de casación. *Abuso de Posición dominante*. Contrato de compra en exclusiva. Descuentos por fidelidad. Perjuicio del comercio entre Estados miembros. Desestimación.

71. STPICE de 27 de abril de 1995, As. T-96/92, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Reglamento n.º 4064/89, sobre el control de las operaciones de *concentración entre empresas*. Decisión 92/553/CEE de la Comisión: *compatibilidad de una concentración con el mercado común*. Recurso de anulación. Legitimación: interés suficiente que confiere a los representantes reconocidos de los trabajadores el derecho a presentar sus observaciones, a su solicitud, en el curso del procedimiento administrativo. Objetivos sociales: art. 2 del Tratado CEE. Directiva 77/187. Desestimación.

72. STPICE de 27 de abril de 1995, As. T-435/93, *Association of Sorbitol Producers within the EC y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Decisión 88/318/CEE de la Comisión, relativa a la Ley n.º 64, de 1 de marzo de 1986, sobre el régimen general de la intervención extraordinaria en el Mezzogiorno. Art. 92.1, art. 92.3 y art. 93.2 del Tratado CEE. *Ayudas de Estado*. Recurso de anulación: estimación parcial. Decisión 91/474/CEE de la Comisión, de 16 de agosto de 1991, sobre las ayudas concedidas por el Gobierno italiano a la sociedad Italgrani para la realización de un complejo agroalimentario en el Mezzogiorno. Recurso de anulación. Admisibilidad. Observancia de procedimiento de adopción de las Decisiones de la Comisión (no). Estimación del recurso.

POLÍTICA SOCIAL

73. STJCE de 13 de diciembre de 1994, As. C-297/93, *Rita Grau-Hupka contra Stadtgemeinde Bremen*. Cuestión prejudicial. Art. 119 del Tratado CEE y Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975. Principio de *igualdad de retribución* entre los trabajadores masculinos y femeninos. Cálculo de la pensión de jubilación: cómputo parcial de los años dedicados a la educación de hijo. Discriminación de la mujer (no).

74. STJCE de 16 de febrero de 1995, As. C-425/93, *Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co. KG contra Allgemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg*. Cuestión prejudicial. Art. 14.2, inciso i) b) del Reglamento n.º 1408/71, de 14 de junio de 1971, sobre aplicación de los regímenes de *Seguridad Social* a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, y a los *miembros de sus familias* que se desplazan dentro de la Comunidad: comprende al trabajador por cuenta ajena, con residencia en Dinamarca, que trabaja exclusivamente para empresa domiciliada en Alemania, llevando a cabo su actividad en Dinamarca varias horas por semana, por períodos de más de un año.

75. STJCE de 18 de mayo de 1995, As. C-327/92, *Rheinhold & Mahla NV contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*. Cuestión prejudicial. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a los regímenes de *Seguridad Social* a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplacen dentro de la Comunidad, en su versión codificada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, y del art. 51 del Tratado CEE. Libre circulación de personas. Seguridad Social. Aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo a una legislación nacional que coordina las distintas ramas de Seguridad Social de un Estado miembro (sí). Aplicación del citado Reglamento a las obligaciones del contratista principal de pagar las cotizaciones a la Seguridad Social no satisfechas por el subcontratista quebrado (no).

COMPETENCIA JUDICIAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

76. STJCE de 6 de diciembre de 1994, As. C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship Tatry contra The owners of the ship Maciej Rataj*. Cuestión prejudicial. Art. 57 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 de adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda del Norte): *relaciones con otros Convenios*. Art. 21: identidad total de causa y objeto, y parcial de partes; inhibición del órgano jurisdiccional que conoce del segundo procedimiento si las partes en este son también partes del primero. Cuándo hay identidad de causa y objeto. Art. 22: cuándo hay conexidad.

77. STJCE de 7 de marzo de 1995, As. C-68/93, *Fiona Shevill y otros contra Presse Alliance SA*. Cuestión prejudicial. Art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión modificada por los Convenios de 9 de octubre de 1978 y 25 de octubre de

1982, relativos a las adhesiones de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, y la República Helénica, respectivamente). El «*lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*» en el caso de difamación a través de artículo con difusión en varios países es también cada uno de los Estados contratantes en que se materializa el perjuicio, es decir, el lugar donde el hecho causal ha producido sus efectos dañosos en relación con la víctima.

78. STJCE de 28 de marzo de 1995, As. C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. contra City of Glasgow District Council*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los números 1 y 3 del art. 5 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Convenio de Bruselas como modelo del Derecho nacional. Acción de devolución de una cantidad de dinero pagada en cumplimiento de contratos declarados nulos: determinación del Tribunal competente. *Conflictos de competencia territorial entre órganos jurisdiccionales pertenecientes a un mismo Estado*. Incompetencia del Tribunal de Justicia para emitir un pronunciamiento sobre esta cuestión.

79. STJCE de 6 de abril de 1995, As. C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping contra Societé Campeon Barnard*. Cuestión prejudicial Interpretación del n.º 5 del art. 5 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Explotación de una sucursal*. Reclamación de daños y perjuicios ante los Tribunales franceses. Declinatoria de competencia (no). Exigencia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por una sucursal en el Estado contratante donde ésta se halle (no). Efecto útil: necesidad de distinción entre los apartados 1 y 5 del art. 5 del Convenio de Bruselas.

ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

80. STJCE de 28 de marzo de 1995, As. C-324/93, *The Queen contra el Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical Ltd. y Macfarlan Smith Ltd.* Cuestión prejudicial. Interpretación de los arts. 30, 36 y 234 del Tratado CEE. Interpretación de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de *adjudicación y contratos públicos* de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988. *Libre circulación de mercancías*. Importación de un lote de diamorfina procedente de los Países Bajos. Ley británica de 1972 sobre Abuso de Drogas (Misuse of Drugs Act 1971) y Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes: prohibición de importación. Aplicabilidad del art. 30 del Tratado CEE. Ineficacia de una práctica nacional contraria. Excepción: necesidad de la práctica nacional para garantizar la ejecución de obligaciones frente a Estados terceros, derivada de un Convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del tratado CEE o a la adhesión de dicho Estado miembro. Denegación de licencia de importación: inaplicabilidad del art. 36 del Tratado CEE. Excepción: protección de la salud y vida de las personas mediante el abastecimiento regular de estupefacientes con fines médicos esenciales. Directiva

77/62/CEE: criterio de adjudicación de contratos: garantía de abastecimiento constante.

81. STJCE de 4 de mayo de 1995, As. C-79/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helena*. Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de *adjudicación de contratos públicos* de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/2957/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988. Convenio marco para el suministro exclusivo de gasa para uso de los hospitales y el ejército griego. Incumplimiento de las obligaciones contraídas.

82. STJCE de 18 de mayo de 1995, As. C-57/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana*. Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de *adjudicación de los contratos de obras*. Incumplimiento de las obligaciones contraídas por la República Italiana. Adjudicación directa de contrato por la Administración Provincial de Ascoli Piceno. No publicación de un anuncio de licitación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

MATERIAS VARIAS: SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

83. STJCE de 6 de abril de 1995, As. C-147/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España*. Directiva 90/618/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, que modifica, en particular por lo que se refiere al *seguro de responsabilidad civil* resultante de la circulación de vehículos automóviles, las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE, referentes a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida. Incumplimiento de Estado. Adaptación del Derecho interno al Derecho comunitario (no).

84. STJCE de 10 de mayo de 1995, As. C-422/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania. Medio ambiente y consumidores*. Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a residuos, Directiva 78/319/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a residuos tóxicos y peligrosos. Directiva 84/631/CEE del Consejo, relativa al seguimiento y al control en la Comunidad de los traslados transfronterizos de *residuos peligrosos* y Directiva 86/279/CEE del Consejo, por la que se modifica la Directiva 84/631. Adaptación del régimen nacional al régimen comunitario. Incumplimiento de las obligaciones contraídas por la República Federal de Alemania.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

«Arrendamientos urbanos y establecimientos comerciales (Ley 29/1994, del 4 de noviembre)», Jornadas Informativas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos, Madrid, 1995, págs. 79.

La Cámara de Comercio e Industria de Madrid tiene últimamente la excelente idea de dedicar Jornadas Informativas a las novedades legislativas, y la promulgación de la nueva L.A.U. de 1994 era una ocasión obligada de ponerla en práctica pues, como dice Adrián Piera en la presentación, las relaciones entre propietarios y arrendatarios habían llegado a tal punto que era preciso racionalizarlas, y, precisamente, en el hecho de que la nueva ley no deje satisfechas a ninguna de las partes interesadas, se ha querido ver su mayor «virtud», si bien las pretensiones de neutralidad y objetividad han conducido a una complejidad extraordinaria y a una casuística muy minuciosa que han de dificultar su aplicación.

La presente publicación recoge las conferencias pronunciadas por dos expertos en la materia: el Magistrado del T.S. Excmo. Sr. Don Jesús Marina y Martínez Pardo, que desarrolla el tema «Tratamiento de los nuevos arrendamientos de los locales de negocio, duración, renta, repercusiones, indemnización de clientela»; y el Abogado y Director de la revista «Sepin», Don Daniel Loscertales Fuertes, que se ocupa del «Tratamiento de los antiguos locales de negocio, duración, subrogación, revisiones, repercusiones, indemnización de clientela, especial referencia al traspaso».

En el alud de publicaciones sobre la L.A.U. las conferencias aquí recogidas destacan por su viveza, estilo directo y trascendencia práctica de las cuestiones expuestas.

Observa Marina y Martínez Pardo que, en relación con los antiguos arrendamientos de local de negocio, la ley supone un cambio de régimen que significa un camino hacia la libertad y, de alguna manera, una completa subversión del sistema. La dicotomía fundamental es la de «vivienda o usos distintos» sin que, en el segundo caso, se diga que la edificación ha de ser «habitables»; concluye así que lo que no entre en aquélla tiene que entrar en el segundo término. Llama la atención sobre la fase redaccional del contrato que

ha de identificar adecuadamente el objeto para establecer a continuación el régimen aplicable, bien entendido que las partes deben ser conscientes de las consecuencias de no usar de la libertad que les otorga la ley. En el controvertido tema de si el arrendamiento de industria queda o no sujeto a la nueva ley, se inclina a favor de su inclusión entendiendo que si el legislador de 1964 lo define primero para luego expulsarlo de su normativa (dando por supuesto que si no hubiera dicho nada se quedaba dentro), la conducta del legislador de 1994 ha sido la opuesta (calla porque quiere que quede dentro de su normativa). Razona que hay importantes consecuencias prácticas si se entiende que el arrendamiento de industria se sujeta a la ley de 1994 y no se remite, sin más al C.c. (régimen del desahucio, procesos, ejecución de sentencias, indemnizaciones, etc.). Al analizar la importancia del principio de libertad de contratación subraya muy acertadamente que «a veces nos vamos a encontrar con las grandes empresas, con las sociedades que se dedican al arrendamiento en cantidades enormes, con lo que puede haber, o contratos de adhesión, o condiciones generales, o alguna situación de fricción entre los intereses de los grandes empresarios y los consumidores. Es claro que ese contrato tendrá que tener presente toda esa legislación protectora no de los arrendatarios, sí de los consumidores, y sí de la libertad contractual a través de las condiciones generales»; concluye con la necesidad de que los contratos que se redactan sean explícitos, claros, expresos y con cita detallada de los preceptos a que se renuncia.

En cuanto a los requisitos formales, aunque la ley dice que las partes podrán acogerse a la forma escrita, desde un punto de vista práctico opina el conferenciante que todos deben ser escritos pues en otro caso es imposible la prueba de lo convenido.

Respecto al contenido, que la ley regula en parte por remisión al alquiler de viviendas, y en parte de modo genérico e incompleto, Marina no ahorra críticas al legislador (así el criterio de la «razonabilidad» del art. 22.1, o la carencia de justificación de los derechos de adquisición preferente, o la noción de «actividad empresarial» en el art. 32.1, o la norma claramente defensora de los poderosos que se contiene en el 32.3, o la clara insuficiencia normativa del art. 35) profundizando en el tema de las indemnizaciones cuya aplicación resulta hartamente problemática por el gran número de requisitos legales. Finalizando con interesantes observaciones sobre cuestiones procesales y de arbitraje.

Loscertales Fuertes desarrolla en su conferencia el tema del derecho transitorio, que resulta, con mucho, el más debatido en la práctica. A su juicio, para los arrendamientos anteriores a la entrada en vigor de la nueva L.A.U. hay que diferenciar netamente entre los contratos anteriores y posteriores al Decreto-Ley Boyer, de modo que mientras a los primeros debe aplicarse la Disposición transitoria 3.^a, respecto a los segundos cabe decir que quedan tal como están, con prórroga indefinida si así se pactó o con renta congelada, si tal fue el acuerdo. El conferenciante adopta una postura de gran objetividad, exponiendo lo que, a su juicio, resulta adecuado bajo las respectivas ópticas de arrendador y arrendatario. En particular analiza las subrogaciones, las rentas y la indemnización por clientela, distinguiendo según que el arrendatario sea persona física o persona jurídica. Observa el conferenciante que va a haber un incremento relativamente importante de rentas con carácter inmediato, porque se absorbe todo lo que se está pagando por estos conceptos, pero todo va a ser renta a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y cuando se actualice, el arrendador tiene derecho a empezar a repercutir el Impuesto sobre Bienes

Inmuebles y los gastos, suministros y servicios que la propiedad tenga y en que el local participe». También dedica algunas reflexiones al nuevo derecho de adquisición preferente que se consagra en el apartado 11 de la misma Disposición transitoria; se trata de una figura diversamente valorada por la doctrina, y así mientras Fuentes Lojo la considera carente de justificación, Rogel Vide la estima justa compensación por la extinción del arrendamiento, mientras que Loscertales entiende que no tendrá muy grande eficacia; finaliza con una referencia a los contratos asimilados al de negocio.

No es posible indicar aquí los puntos de discrepancia con algunas de las opiniones recogidas. Baste decir que las conferencias y su publicación cumplen la finalidad pretendida.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: «La información del consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales», Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1994, págs. 254.

I. El libro que nos proponemos comentar es fruto del interés que en su autor siempre ha suscitado el tema de la protección al consumidor a la par que los aspectos jurídico-privados de un bien tan esencial para la persona como la vivienda. Partiendo de estas preocupaciones, es perfectamente lógico que el profesor Cabanillas se haya interesado con frecuencia por la protección del consumidor que adquiere una vivienda, atendiendo a temas claves en ese ámbito como el de las garantías del adquirente por las cantidades anticipadas al vendedor o por los vicios de la construcción, así como el control de las condiciones generales de contratación o la determinación del contenido contractual. En esta línea de investigación se inscribe la obra que aquí comentamos y que se centra en dos aspectos esenciales para la debida tutela del consumidor de una vivienda, sea a título de comprador sea a título de arrendatario: la información, básicamente precontractual, que ha de proporcionársele, así como el control de las condiciones generales de contratación que tan usuales son cuando quien vende o arrienda la vivienda lo hace de manera profesional. De este modo, el libro abunda en la preocupación que, desde que la figura de los contratos tipo se generalizó, ha sentido la doctrina por prevenir y evitar los abusos del predisponente, al tiempo que enlaza con los trabajos publicados en los últimos años sobre el papel de los deberes informativos en la contratación y particularmente en la fase que precede a la conclusión del contrato, como deberes sustentados en la buena fe y llamados a jugar un papel determinante en las relaciones jurídicas obligatorias, sobre todo cuando las mismas se establecen entre consumidores y profesionales o empresarios del sector de que se trate.

La importancia de ambas cuestiones para el comprador o el arrendatario de una vivienda ha sido abiertamente reconocida por el legislador, quien, en desarrollo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), promulgó con fecha de 21 de abril de 1989 un R.D. sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al cual hay que añadir la

normativa de diversas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) con competencia en materia de defensa de consumidores y usuarios. Por ello el estudio del profesor Cabanillas se desarrolla al hilo de esta normativa, desgranando las cuestiones que el R.D. de 21 de abril de 1989 contempla, interpretadas siempre en conexión con la LGDCU: De un lado, la oferta, promoción, publicidad e información en la venta o arrendamiento de vivienda y la incorporación de sus datos al contenido contractual; de otro, el control de inclusión y de contenido de las condiciones generales del contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda, para concluir con la determinación del régimen sancionador previsto para el caso de infracción de la normativa protectora del comprador o arrendatario de una vivienda.

II. Antes de entrar en el estudio de estas cuestiones, el autor delimita el *ámbito de aplicación de la normativa* que va a analizar atendiendo a dos puntos de vista:

1. Uno, que podríamos calificar de material, que atiende a los *sujetos* que intervienen en el contrato de compraventa o arrendamiento y a su *objeto*, la vivienda (Capítulo I). Desde este punto de vista se subraya cómo la aplicación de la LGDCU y su normativa complementaria presuponen que el comprador o arrendatario sea un consumidor, concebido como destinatario final del inmueble, y el vendedor o arrendador un empresario o profesional, pues en otras circunstancias, entre consumidores o entre profesionales, en definitiva, en una situación de igualdad, no hay razón que justifique la protección legal a una de las partes. En cuanto a que la vivienda sea objeto de especial atención en las normas protectoras del consumidor se justifica por la esencial importancia de este bien, hasta el punto de que la propia Constitución consagra en el art. 47, entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada; el profesor Cabanillas cierra sus consideraciones sobre presupuestos de aplicación de la normativa protectora del consumidor aludiendo a la circunscripción de la vigencia del R.D. de 21 de abril de 1989, por lo que a los arrendamientos de vivienda se refiere, a los sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU).

2. Desde el punto de vista del *reparto de competencias en materia de defensa del consumidor entre Estado y CC.AA.* (adoptado en el Capítulo II de la obra), tras presentar la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto Cabanillas pone de relieve el carácter en general supletorio de la normativa estatal respecto de la de aquellas CC.AA., que han asumido en sus Estatutos la competencia plena para la protección del consumidor (así, País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana y Navarra); constituyen la excepción a esta regla algunas materias que son de la exclusiva competencia estatal, como las relativas a las bases de las obligaciones contractuales, marco en el que se inscriben los arts. 3.2 y 10 del R.D. de 21 de abril de 1989 (tal como resulta de la Disposición Adicional 2.^a del citado R.D.).

III. Tras esta delimitación del ámbito de aplicación del R.D. de 21 de abril de 1989 el autor analiza, en los Capítulos III a V de su obra, el tema de la información a proporcionar al comprador o arrendatario de vivienda y el control de inclusión de las condiciones generales atendiendo a tres aspectos diferentes, tratados sucesivamente en cada uno de los Capítulos citados:

1. *La oferta, promoción, publicidad e información en la venta o arrendamiento*, esto es, la información a procurar al consumidor antes de la conclu-

sión del contrato. El tema es examinado, sucesivamente, al hilo de las reglas que la LGDCU, la normativa autonómica, el R.D. de 21 de abril de 1989 y el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 le dedican.

1.1. La referencia a la LGDCU se centra en sus arts. 8 y 13. El primero, porque regula de modo general la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios, sometiéndolas, como observa el profesor Cabanillas, al principio de veracidad y reforzando su eficacia mediante la incorporación de su contenido al contrato, si es que en éste no se han pactado condiciones más ventajosas para el consumidor. Interesa también el art. 13 LGDCU, que en su número 1 contiene un catálogo no exhaustivo de características esenciales del bien o servicio sobre las que el consumidor ha de ser informado y que, al ser en su mayoría de interés en la etapa que precede a la conclusión del contrato, da pie al autor para detenerse en el examen de la obligación precontractual de información y su justificación. A los datos a facilitar en el concreto caso de transmisión de una vivienda se refiere específicamente el último inciso del art. 13.2, norma que después desarrolló el R.D. de 21 de abril de 1989 y a la que el autor dedica especial atención analizando en particular el contenido de la documentación a facilitar por el vendedor al comprador, su extensión a elementos o zonas comunes y accesorios, el momento en que ha de proporcionarse o su exigibilidad con independencia del estado en que se encuentre la construcción de la vivienda; tampoco olvida algunas cuestiones especialmente controvertidas que suscita el precepto, como la de si su aplicación ha de limitarse a la primera transmisión de la vivienda y, además, sólo al caso de que la misma se haga mediante una compraventa: ambas cuestiones, sin embargo, quedan resueltas en el R.D. de 21 de abril de 1989, aplicable a ventas y arrendamientos, sin alusión alguna al número de transmisiones que hayan podido verificarse.

1.2. Dado el carácter supletorio que, como regla general, tiene la normativa estatal de defensa del consumidor respecto de la de aquellas CC.AA. con competencia plena en esta materia, es preciso tener en cuenta la *regulación autonómica* relativa a la información debida al consumidor de viviendas: de ahí la referencia del profesor Cabanillas a las normas de este tipo consagradas en los Estatutos de Consumidores y Usuarios de Andalucía y Galicia, el Estatuto del Consumidor y el Decreto de 14 de noviembre de 1983 del País Vasco y la Ley catalana de la vivienda, de 29 de noviembre de 1991.

1.3. El grueso de la normativa estatal acerca de la información a proporcionar al comprador o arrendatario de viviendas se encuentra en el tan citado *R.D. de 21 de abril de 1989*, objeto por ello, de un pormenorizado análisis por el profesor Cabanillas. Siguiendo el articulado del R.D., el autor ordena el tema en torno a tres cuestiones:

1.3.1. Aborda, en primer lugar, *las reglas generales* de los arts. 2 y 3.1 del R.D., el primero de los cuales es una concreta aplicación del art. 8.1 LGDCU a la venta o arrendamiento de viviendas, mientras que el segundo (art. 3.1 R.D.) reitera para su ámbito de aplicación la prohibición de publicidad engañosa ya consagrada en el art. 4 de la Ley General de Publicidad, concretándola en términos objetivos.

1.3.2. El autor se ocupa a continuación de lo que denomina información «indirecta», esto es, del *listado de informaciones que han de tenerse a disposición del público y, en su caso, de las autoridades competentes* según los arts. 4 a 7 del R.D. de 21 de abril de 1989. Mientras que todos los artículos se

refieren al supuesto de venta de una vivienda, sólo el art. 4 es aplicable también al arrendamiento.

Así, el *art. 4* se refiere a los datos más relevantes de la vivienda, de especial importancia en la etapa precontractual, algunos de los cuales conectan o desarrollan lo ya dispuesto en el art. 13 LGDCU, mientras que otros son novedosos (v.gr., la identificación del vendedor o arrendador, o la situación registral de la vivienda), por lo que el autor les dedica una particular atención.

Entrando ya en la información que sólo el vendedor —ya no el arrendador— ha de tener a disposición del público o autoridades competentes, la exposición continúa con el análisis de los extremos a que se refiere el *art. 5 R.D.*, respecto de cada uno de los cuales el profesor Cabanillas procede a justificar el por qué de su obligada publicación, y que son los siguientes:

1) Las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción (licencia de construcción, cédula urbanística y cédula de habitabilidad), cuyo régimen legal nos presenta el autor.

2) Información relativa a la Comunidad de Propietarios: Estatutos y reglamentos de régimen interno, contratos de servicios y suministros, y gastos y obligaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal para la vivienda en cuestión.

3) Tributos que gravan la propiedad o utilización de la vivienda, centrándose el estudio en el IVA, que, como observa Cabanillas, es el impuesto que gravará básicamente la transmisión de la vivienda dado que el R.D. de 21 de abril de 1989 se circunscribe a las transmisiones hechas en el marco de una actividad empresarial o profesional, no obstante lo cual también se contempla el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en cuanto grava los actos jurídicos documentados que se extiendan con motivo de la compraventa, y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (tradicionalmente conocido como plusvalía).

4) En cuanto a la información sobre la forma en que se prevé documentar el contrato, el R.D. dota de un contenido mínimo que comprende la inclusión de los arts. 1280.1.^o y 1279 Cc, cuyo sentido explica Cabanillas deteniéndose especialmente en las ventajas que la documentación pública del contrato reporta al comprador, comprende, además, la explícita indicación de que el consumidor no soportará los gastos de titulación que correspondan legalmente al vendedor, al hilo de lo cual el autor defiende la imperatividad del art. 1455 Cc en el ámbito de la contratación en masa con consumidores; por último, el que en la información sobre la forma de documentación deba hacerse expresa mención al derecho de consumidor a elegir Notario, lleva al autor a un detallado estudio de este derecho, de su consagración normativa y de la, a su juicio, decisiva función del Notario en defensa del consumidor como contratante débil.

5) El art. 5 R.D. comprende también, para los casos de edificación en curso, la indicación de la fecha de entrega y de la fase en que se halla la construcción en cada momento, lo que —como subraya Cabanillas— es importante para determinar si el vendedor incurre en mora.

6) Por último, el art. 5, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación pasiva a los efectos del art. 1591 Cc, exige la indicación del nombre y domicilio o razón social de arquitecto y constructor.

Con el *art. 6 R.D.* el estudio se centra en la información que el vendedor debe poner a disposición del público o autoridades competentes acerca de las

condiciones económicas de la adquisición, cuya relevancia para el comprador no es preciso subrayar: el precio total, la forma de pago con especificación de los datos esenciales en caso de aplazamiento (por ejemplo, el interés aplicable), los medios de pago de las cantidades aplazadas, los datos de la hipoteca que grave la vivienda si es que se prevé la subrogación del consumidor en ella, o las garantías a constituir por el comprador por el precio aplazado, son los extremos enumerados en el art. 6.1 del R.D., y cuyas particularidades va explicando el autor, relacionando, en su caso, esta normativa con la aplicable al control de los intereses abusivos (como la Ley Azcárate de represión de la usura, de 23 de julio de 1908), a la subrogación hipotecaria (art. 118 LH o normativa especial del Banco Hipotecario de España) o a las garantías reales o personales del precio aplazado (régimen general de la hipoteca, la fianza, el aval o la cláusula penal). El profesor Cabanillas concluye refiriéndose al número 2 del art. 6, norma con la que se ha tratado de resolver el problema de cómo interpretar las cantidades satisfechas por el comprador antes de formalizar el contrato: así, el art. 6.2 obliga a hacer constar en la información pública que esas cantidades se deducirán del importe total de la venta, lo que —observa Cabanillas— coincide con el sentido de las arras confirmatorias.

Por último, el art. 7 R.D. tiene presente el problema de las garantías del comprador de una vivienda en proyecto o en construcción que abona al vendedor cantidades a cuenta del precio anticipadamente: dichas garantías fueron reguladas por la Ley de 27 de julio de 1968, que, no obstante sus aspectos positivos, presenta ciertas deficiencias a las que se refiere el profesor Cabanillas. A este respecto, el mismo destaca que el R.D. de 21 de abril de 1989, además de añadir a la citada Ley la obligación del promotor de tener a disposición del público o autoridades competentes los documentos en que se formalizan las garantías que aquélla consagra, puede contribuir a una aplicación más eficaz de la Ley y a corregir alguna de sus insuficiencias, tanto por los deberes informativos que consagra como por el control de las condiciones generales que resulten abusivas.

1.3.3. Para concluir con las reglas relativas a la información de compradores y arrendatarios de viviendas, el R.D. de 21 de abril de 1989 determina en su art. 8 una serie de circunstancias que, en su caso, deben figurar en los *folletos o documentos similares* y que se refieren, además de a muchos de los datos enumerados en los artículos precedentes, también a los lugares en que se exhibe la información pública en ellos consagrada: con ello se trata, como destaca el autor, de proporcionar una información adecuada al consumidor, información que, además, será exigible aunque no figure expresamente en el contrato.

1.4. La remisión que el R.D. de 21 de abril de 1989 hace, por lo que respecta a la *publicidad y oferta de viviendas de protección oficial*, a su legislación específica, lleva al profesor Cabanillas a cerrar este tercer Capítulo presentando el régimen jurídico especial que se contiene en el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.

2. El Capítulo IV contempla la cuestión de la información, y también en parte la del control de las condiciones generales, desde la perspectiva de la *documentación del contrato* de compraventa o arrendamiento de la vivienda, asunto que contemplan los arts. 9 y 10 del R.D. de 21 de abril de 1989.

Así, se analiza en primer lugar el art. 10, norma estrechamente conectada con el art. 10.1.a) LGDCU y que, a juicio del autor, presupone la contratación

por medio de condiciones generales y establece los requisitos para la inclusión de las mismas en el contrato, requisitos cuya función es también objeto de análisis; con este planteamiento se estudia la exigencia de *claridad y sencillez en la redacción* del documento contractual, trayendo a colación otras normas que giran en torno al mismo tema y que se encuentran en la Ley alemana de condiciones generales o en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la contratación, así como la necesidad de que cualquier texto o documento al que se haga referencia en el contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda *se facilite previa o simultáneamente* a su celebración, con lo que se trata de que el consumidor esté informado acerca de qué es lo que consiente y esto no pueda ser alterado después unilateralmente por la otra parte.

Finalmente, el art. 9 es, en términos del autor, una expresión del formalismo como técnica de protección de los consumidores, con la que se pretende asegurarle una información y unos medios de prueba eficaces: el citado artículo obliga al vendedor de una vivienda a entregar al comprador, a su costa y a la firma del contrato, una *copia de los documentos* previstos en los artículos anteriores, es decir, de los que ha debido tener a disposición del público y autoridades competentes.

3. El esencial valor de los datos que figuran en la oferta, promoción y publicidad de la vivienda radica en su exigibilidad aun cuando no consten expresamente en el contrato, exigibilidad que, en concordancia con el art. 8.1 LGDCU, consagra el R.D. de 21 de abril de 1989 en su art. 3.2 y que Cabanillas estudia en el Capítulo V como un supuesto de *integración contractual*, prestando especial atención a las razones que justifican la consideración de la publicidad informativa como fuente de integración del contrato y a su eficacia también para «remodelar o eclipsar» cláusulas contractuales expresas menos ventajosas para el consumidor que el contenido publicitario.

IV. El Capítulo VI se dedica por entero al tema del *control del contenido de las condiciones generales en los contratos de compraventa o arrendamiento de vivienda*, en cuyo estudio se tiene en cuenta principalmente la normativa vigente al respecto y contenida en el art. 10.1.c) LGDCU y art. 10 R.D. de 21 de abril de 1989, pero sin olvidar otras referencias de interés, como las que se hacen al Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación y al ejemplo alemán representado por la Ley de condiciones generales de 1976.

1. Así, tras justificar la eficacia del *sistema* seguido en nuestro ordenamiento, que combina una cláusula general de control del contenido con una enumeración casuística y no exhaustiva de concretas cláusulas prohibidas, se pasa a su estudio detallado.

2. La *cláusula general* (arts. 10.1.c) LGDCU y 10 R.D. de 21 de abril de 1989) recurre a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para asegurar que la reglamentación contractual es conforme a las exigencias de la equidad; siguiendo a De Castro el autor subraya, con razón, la importancia del Derecho dispositivo a la hora de valorar las condiciones generales, en la medida en que la separación de aquél ha de apoyarse en alguna causa objetiva, no pudiendo dar lugar a un desequilibrio injustificado entre las obligaciones de las partes; por último, entiende el autor que quedan fuera de este control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales del

contrato, como el precio, pues, siendo imprescindible un acuerdo individual sobre dichos elementos, las cláusulas relativas a ellos no pueden calificarse legalmente como condiciones generales.

3. El examen del *catálogo de condiciones generales concretamente prohibidas* se abre con la exposición de las cláusulas enumeradas en el art. 10 R.D. de 21 de abril de 1989 y que en su mayoría coinciden con las ya relacionadas por el art. 10.1.c) LGDCU.

3.1. En el primer lugar de la relación del R.D. de 21 de abril de 1989 (art. 10.A) figuran las cláusulas que, en los supuestos de precio aplazado, no expresan con claridad la cantidad aplazada, el tipo de interés o las condiciones de amortización del crédito, claramente abusivas porque dejan al comprador sin una información decisiva. La prohibición en la misma norma de las cláusulas que «de cualquier forma» faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato no debe interpretarse literalmente, según observa Cabanillas, pues de lo que se trata es de prohibir los incrementos que son arbitrarios, no los que se basan en circunstancias objetivas y absolutamente independientes de la voluntad de las partes; para ilustrar este tema el autor expone con detalle el caso que motivó la resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988, a propósito de una cláusula de variación de interés aplicable a un préstamo hipotecario; Cabanillas aplaude la doctrina que en ella se establece, por contraste a los posteriores pronunciamientos de la DGRN en los que, a su juicio injustificadamente, se entiende que el Registrador no puede, en su función de calificación, apreciar si las concretas estipulaciones del documento presentado tienen o no carácter abusivo a la luz de la normativa de protección al consumidor; en contra de esta doctrina y en consonancia con la citada resolución de 7 de septiembre de 1988, el profesor Cabanillas entiende que la calificación registral ha de extenderse a lo dispuesto en el art. 10 LGDCU y que el Registrador, que debe calificar la validez de los actos, ha de aplicar la LGDCU si la nulidad se deriva de los documentos que se le presentan: sólo esta interpretación es a su juicio conforme a la Ley y a la protección que debe ofrecerse al consumidor en todos los ámbitos.

La relación de cláusulas prohibidas según el R.D. de 21 de abril de 1989 continúa (art. 10.B) con aquéllas que supongan un incremento del precio por circunstancias que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas y que no hayan sido aceptadas libremente por el comprador o arrendatario, haciéndose expresa referencia a los requisitos necesarios para un incremento del precio de venta por reformas de la obra, lo que, como observa el autor, es la principal novedad del R.D. en este punto.

Ineficaces son también las cláusulas que repercuten en el comprador o arrendatario errores administrativos o bancarios que no les sean imputables (art. 10 C R.D.). Por último, la prohibición de las cláusulas que en primera venta de viviendas obligan al comprador a abonar los gastos de titulación que por ley o naturaleza corresponden al vendedor (art. 10 D R.D.) lleva al autor a determinar la finalidad de la norma y los gastos que corresponden al vendedor y a dudar del acierto de alguna de las atribuciones de gastos que la propia norma hace al vendedor (como los de cancelación de las hipotecas constituidas para financiar la construcción).

3.2. La relación de cláusulas prohibidas del R.D. de 21 de abril de 1989 ha de completarse con la del art. 10.1.c) LGDCU en cuanto no coincide con aquélla, por lo que se continúa con el análisis de la proscripción de las siguientes cláusulas: las que otorgan a una de las partes la facultad de resolver

discrecionalmente el contrato (art. 10.1.c) 2.º LGDCU), facultad que vulneraría asimismo el art. 1256 Cc, si bien de *lege ferenda* Cabanillas se muestra a favor de la atribución al comprador de un derecho de revocación dentro de un plazo determinado y de manera similar al consagrado en supuestos especiales, como los regulados por la Ley de 21 de noviembre de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; quedan también prohibidas las condiciones abusivas de crédito (art. 10.1.c) 4.º LGDCU), entre las que el autor enumera a las que consagran intereses excesivos u ocultan el interés real o prevén sanciones excesivas para las hipótesis de incumplimiento o cumplimiento tardío; tampoco son admisibles las limitaciones de responsabilidad absolutas o las que se refieren a la utilidad o finalidad esencial del producto (art. 10.1.c) 6.º LGDCU), donde, a juicio del autor quedan comprendidas las cláusulas de exoneración del vendedor de la vivienda por no entregarla en la fecha pactada o de acuerdo con lo acordado o con lo dicho en la publicidad, o por entregarla con vicios de construcción, así como las cláusulas que recortan o eliminan por completo el plazo para exigir responsabilidades al vendedor por defectos de la vivienda adquirida o que dificulten gravemente la exigencia de responsabilidades; como una consecuencia de esta prohibición considera Cabanillas la de la inversión de la carga de la prueba, en perjuicio del consumidor (consagrada en el art. 10.1.c) 8.º LGDCU) por cuanto la misma altera las reglas de responsabilidad y tiene cierta eficacia exoneratoria, lo que el autor ilustra con diversos ejemplos; carece de efecto la cláusula en virtud de la cual el productor se niega a cumplir con sus obligaciones si no es conminado a ello tras un procedimiento administrativo o judicial a instar por el consumidor reclamante (art. 10.1.c) 9.º LGDCU), por dificultar injustificadamente el ejercicio de los derechos de aquél; lo mismo es aplicable a la repercusión en el consumidor del coste de servicios que anteriormente se le habían ofrecido como gratuitos (art. 10.1.c) 7.º LGDCU), comportando su posterior exigencia un incumplimiento contractual; tampoco se admite la imposición al consumidor de renuncias a sus derechos (art. 10.1.c) 10.º LGDCU), cuya ineficacia resultaría ya del art. 6.2 Cc en relación con el 51 de la Constitución y del art. 2.3 de la misma LGDCU; por último se prohíbe la obligada adquisición de bienes complementarios o accesorios no solicitados (art. 10.1.c) 12.º LGDCU), lo que se justifica por la debida tutela de la libertad del consumidor.

3.3. La enumeración de las cláusulas prohibidas se cierra con la referencia a algunas que, pese a no figurar en los catálogos legales, comúnmente se consideran inadmisibles por no ser conformes a la buena fe o al justo equilibrio de las prestaciones o por resultar abusivas en el sentido del art. 10.1.c) 3.º LGDCU; así, el profesor Cabanillas se detiene en la cláusula compromisoria o, en general, cualquiera que dificulte o suprima el ejercicio de las acciones judiciales por el consumidor, o en la que fija un plazo de duración desproporcionadamente breve para la garantía de la vivienda; el problema de si la cláusula que fija un plazo muy breve para el arrendamiento de vivienda puede tener carácter abusivo ha quedado ya resuelto por la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994, que consagra un plazo mínimo de duración de cinco años, y que se hallaba aún en tramitación al publicarse el libro que comentamos por lo que el autor sólo pudo aludir al Proyecto de Ley.

4. Analizadas las cláusulas prohibidas en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda, el autor aborda las *consecuencias jurídicas de su inclusión en el texto contractual* a la luz de lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU, ya que el R.D. de 21 de abril de 1989 nada dice al respecto.

Del citado artículo resulta, en primer lugar, la nulidad parcial del contrato puesto que, al tenerse por no puestas las cláusulas prohibidas, el resto del clausulado sigue siendo eficaz aun cuando —y aquí radica la particularidad del régimen de nulidad parcial aplicable a estos supuestos— el predisponente no hubiera querido contratar sólo con las cláusulas que se mantienen. Dado que parte del contrato es ineficaz, el autor se refiere al régimen sustitutivo aplicable; en cuanto a la legitimación activa, la circunscribe al consumidor.

La regla expuesta halla una excepción en el último inciso del art. 10.4 LGDCU, que establece la nulidad total del contrato cuando, al suprimir las cláusulas prohibidas, resulte que las subsistentes determinan «una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual». El profesor Cabanillas pone de relieve los riesgos que encierra esta disposición para el consumidor, mostrándose por ello partidario de su supresión o, si no, de una interpretación restrictiva en la línea apuntada por Clavería y que, en último término, llevaría a aplicar esta norma sólo cuando la ineficacia total no fuera lesiva para el consumidor que hubo de adherirse al texto contractual predispuesto.

Concluye Cabanillas este Capítulo manifestando los recelos que suscita la incorporación de las llamadas cláusulas sanatorias, previstas para sustituir posibles cláusulas nulas.

V. El último Capítulo de la obra (VII) presenta el *régimen de sanciones administrativas por infracción de la normativa que defiende al comprador o arrendatario de viviendas*; el art. 11 R.D. de 21 de abril de 1989 remite a este respecto, además de al R.D. 1945/1983, de 22 de junio, que tipifica las infracciones en materia de protección del consumidor, a los arts. 34 a 36 LGDCU; el art. 34 es la norma general que define dichas infracciones, el art. 35 fija los criterios para la calificación de la infracción y el art. 36 regula las sanciones que pueden imponerse. Con la determinación de este régimen concluye la obra objeto de esta nota bibliográfica.

ESTHER GÓMEZ CALLE

DESANTI, Lucetta: «De confirmando tutore vel curatore», dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1995, págs. 371.

En una breve introducción, la autora encuadra el tema que luego desarrollará a lo largo de trece capítulos: la confirmación del tutor y del curador designados irregularmente con actos de última voluntad; en concreto la institución recogida en el D. 26,3 y en C. 5,29. Expone, igualmente, las razones que le llevan a enfrentarse a su estudio, partiendo de la necesidad de aclarar el perfil de la confirmación que se halla estrechamente unido a la historia de la tutela y de la curatela.

Es de alabar la sistemática seguida por Lucetta Desanti que dota de mayor interés a la lectura, comenzando por profundizar en los orígenes de la institución de la confirmación para luego deslindar la tutela de la curatela y detenerse en cada instituto jurídico por separado siendo quizás desproporcionado el número de capítulos que dedica a la tutela (un total de ocho), en com-

paración con los que se ocupan de la curatela (tan sólo dos), tal vez justificado por la mayor trascendencia de la primera institución. Resulta, sin embargo, criticable que empiece examinando la tutela, para pasar luego a la curatela, y, posteriormente, en un último capítulo, vuelva a hacer referencia a la tutela, ya que esta estructura puede originar en el lector una sensación de desconcierto, haciendo que pierda el hilo de la lectura.

Nos presenta, asimismo, la autora un detallado índice de las fuentes y de los autores consultados para realizar su obra, conforme a la metodología propia en los últimos treinta años de las monografías de Derecho Romano. En este punto evidencia la importante labor investigadora efectuada y la ingente cantidad de textos legales y literarios examinados lo que imprime un sello de garantía al contenido y a las conclusiones que se incluyen en cada uno de los capítulos. No se desconoce la bibliografía crítica sobre la materia, ni la doctrina, aunque alcance escasamente a introducirse en la glosa del *ius commune*.

El primer capítulo posee un carácter introductorio, siendo sumamente útil conocer la estructura y los orígenes de la institución que será desarrollada en páginas posteriores. Comienza con un análisis terminológico, afirmándose que el fenómeno de la confirmación del tutor y del curador no aparece descrito en las fuentes con el sustantivo «*confirmatio*» sino con el verbo «confirmare», intentando, al mismo tiempo, precisar su auténtico significado. Es este repaso a los términos lo que anuncia, tempranamente, la minuciosidad que caracterizará el estudio. Tras examinar someramente, a modo de presentación, ambas «confirmaciones», trata de indagar los factores determinantes de la progresiva evolución de la confirmación, deteniéndose en las constituciones del príncipe, los decretos de los magistrados y la jurisprudencia, todo ello apoyado por numerosas referencias en griego del Digesto, acompañadas de su correspondiente traducción latina. Igualmente, se analiza la institución tanto en lo que respecta al tutor como al curador, a través del *De excusationibus* de Modestino (D. 26,3,1: Mod. 6 *exc.*), considerado por la autora como el primer tratado sistemático dedicado a la materia, concluyendo el capítulo con un repaso al tratamiento que la Compilación Justiniana hace del tema en cuestión, criticando el que tanto la legislación como la jurisprudencia anterior no le hayan otorgado el suficiente relieve. Pese a que Justiniano sólo dedica una Constitución (C. 5, 29, 4) a la figura, el mérito principal radica, según Desanti, en haber dotado a la misma de una completa autonomía y contornos definitivos.

El desarrollo de la tutela se inicia en el segundo capítulo que se ocupa de un primer supuesto en el que se hace necesaria la confirmación, en concreto, aquellos casos en que la designación del tutor la realizan personas que, en principio, no están capacitadas para ello (madre, parientes, patrón y extraños). Nos situamos ante un planteamiento del tema desde el punto de vista del sujeto activo. La facultad de nombrar al tutor en testamento era prerrogativa de la patria potestad; sin embargo, cabe la posibilidad de confirmar al tutor designado por otras personas. En primer lugar se evidencia el caso más paradigmático y frecuente: el tutor asignado por la madre, para pasar luego a otras hipótesis de nombramiento por otros parientes (tío paterno y abuelos maternos) y por el patrón, concluyendo con los extraños y señalando las dudas sobre el origen clásico de esta última posibilidad de confirmación; así como una serie de supuestos englobables en la misma, siendo sintomático el caso del alumno. El amplio estudio que efectúa Lucetta Desanti sobre el asunto que nos ocupa, se ve complementado por un repaso a las condiciones que se ha-

con necesarias para dotar de efectividad a la confirmación; así la madre deberá instituir heredero al hijo al que le nombra un tutor y para los patronos y extraños esta condición se ve completada con la de que el pupilo debe resultar «sin bienes», ilustrado todo ello con una exposición del pensamiento de Paulo. Finalizará el capítulo con una visión conjunta de la institución de heredero y la confirmación, sin olvidar la reforma justiniana en torno al tutor designado por la madre.

Supuesto distinto en el que surge la necesidad de confirmar el nombramiento, es aquél en que se asigna tutor a persona que no puede recibirlo. Ahora la institución es analizada desde la óptica del sujeto pasivo de la designación. El padre sólo podía señalar tutor testamentariamente a los hijos o nietos que se encontraban bajo su patria potestad; en caso contrario, su actuación se consideraba inválida, pero, al igual que en las ocasiones anteriores, se dejaba paso a la posibilidad de confirmación. Este tema será desarrollado en el Cap. tercero y, en concreto, se examinan los supuestos del hijo emancipado, de los llamados *alieni iuris* (aquellos que se encontraban bajo la potestad del abuelo o de un padre adoptivo), por contraposición a los *sui iuris*, del hijo *apud hostes* (prisionero de guerra), del nieto al que el abuelo nombraba un tutor viviendo aún el padre (por lo que a la muerte del abuelo estaba destinado a recaer bajo la potestad del padre), desde la óptica de la *lex Iunia Vellea*, del hijo natural y del «pupilo púber» (D. 26, 3, 6; Pap. 5 *resp.*). El caso que despierta un mayor interés para la autora es el del hijo natural y en base a ello, y haciendo gala de la ya mencionada minuciosidad que imprime a su estudio, se enfrentará al problema desde distintos puntos de vista mediante el análisis de diferentes textos jurídicos, destacando, a título ejemplificativo, la disciplina justiniana (C. 5, 29, 4; C. 5, 35, 3; Nov. Iust. 89, 14) y los *Libri Iuris epitomarum* de Hermogeniano (D. 26, 3, 7 *pr.*).

En capítulo aparte se desarrolla el problema de la confirmación del tutor designado de forma indebida. La *datio tutelae* testamentaria debía realizarse cumpliendo unos requisitos precisos. Así, tanto el tutor como el pupilo debían ser persona cierta. Además no era lícito el nombramiento *certae rei vel causae* ya que el tutor era asignado a la persona del pupilo y no a una masa de bienes. Todo ello aparece nuevamente avalado por las continuas referencias al Digesto como base de cada uno de los problemas planteados; así recurre al D. 26, 3, 3 (Iul. 21 *dig.*) para desarrollar el tema de la designación *non ut lege praecipiebatur*. Otro supuesto analizado es el del nombramiento de un tutor en lugar de un curador y para ello acude a Modestino, en concreto, D. 26, 3, 1, 1 (Mod. 6 *exc.*). El pensamiento de Papiniano se utiliza para exponer la designación irregular de un curador al impúber: D. 26, 3, 6 (Pap. 5 *resp.*), D. 26, 7, 39, 1-2 (Pap. 5 *resp.*), D. 27, 1, 30, 3 (Pap. 5 *resp.*), D. 26, 7, 40 (Pap. 6 *resp.*); problema en el que se detiene la autora intentando profundizar en las diversas soluciones que se han ofrecido al mismo. En este sentido, compara los testimonios ambiguos de Scaevola y Papiniano en D. 33, 2, 34, 1 (Scaev. 18 *dig.*) y D. 31, 69, 2 (Pap. 19 *quaest.*) y examina, asimismo, el fenómeno en la época del tardío imperio y justiniana. El capítulo se cierra con un último caso en que la *datio tutelae* testamentaria resultaba irregular por defecto de forma y necesitaba confirmación: cuando el tutor se designaba de propio puño en el testamento paterno. Se examinan, igualmente, las diversas soluciones al problema en D. 26, 2, 29 (Pap. 15 *resp.*), D. 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 *sent.*), P. S. 3, 6, 15 y finalmente en el derecho justiniano.

La confirmación cuando el nombramiento del tutor se realiza con actos «no idóneos» es objeto del capítulo quinto. Así, el padre designaba correctamente al tutor en el testamento y éste debía ser válido y eficaz. El primer supuesto de acto «no idóneo» que se presenta, es el codicilo que se analiza partiendo de D. 26, 3, 1, 1 (Mod. 6 *exc.*), P. S. 2, 27,6 = Vat. 172; C. 5, 29, 2 sin olvidar el derecho justiniano. De forma extensa, y abarcando la casi totalidad del capítulo, Desanti muestra un particular interés por el testamento inválido, tanto por defectos de fondo como de forma, y, nuevamente, siguiendo la tónica que caracteriza su completo estudio, vuelve a hacer uso de las continuas referencias a la literatura jurídica que sirven de base a su investigación: D. 26, 3, 3 (Iul. 21 *dig.*), D. 26, 7, 58, 2 (Scaev. 11 *dig.*), C. 5, 29, 2 y D. 26, 3, 1,1 (Mod. 6 *exc.*). Concluirá el capítulo con el análisis de los supuestos en que el testamento debía ser impugnado *pupilli nomine* y las características particulares de la confirmación *ad litem*.

El último supuesto de confirmación del que se va a ocupar Lucetta Desanti es el de incapacidad en la persona del tutor. Llegados a este punto de la lectura, observamos la sistemática seguida por la autora que, paso a paso, se enfrenta a todas las hipótesis, señaladas por Modestino en el libro 6 *excusationum*, en que la tutela debe ser confirmada por defectos tanto en el sujeto activo, como en el sujeto pasivo del nombramiento sin olvidar los aspectos procedimentales. Con base en el libro 4 de la ya mencionada obra de Modestino nos presenta al tutor incapaz de recibir el cargo, intentando diferenciar esta última figura de las anteriores y exponiendo las diversas causas de incapacidad. Así no podían ser tutores: los siervos, las mujeres, los peregrinos y los *latini luniani*, los locos, los sordos, los mudos, los militares, los menores de veinticinco años, los obispos y monjes, los deudores y los acreedores del pupilo. En la mayoría de estos supuestos no aparecen indicios para sostener que la incapacidad del designado podía ser subsanada mediante confirmación; sin embargo, Desanti cree oportuno detenerse en dos casos concretos, por una parte, el siervo liberado por fideicomiso que podía ser investido del cargo tutelar mediante la intervención del magistrado a través de un decreto. Se trataría de aquellas ocasiones en que el testador ha dispuesto por fideicomiso la libertad de su siervo, y, al mismo tiempo, le nombra tutor de sus propios hijos —D. 26, 2, 28, 1 (Pap. 4 *resp.*); P.S. 4, 13, 3—. También se va a ocupar de las hipótesis de libertad fideicomisaria implícita que aparecen en C. 7, 4, 10 (9) y C. 5, 28, 5. Por otra parte, se destaca el supuesto de la madre tutora comparando la prohibición en el Derecho Romano donde la confirmación era inadmisibles con la práctica de la misma en el derecho provincial.

Tras haber profundizado con detalle en todas las hipótesis en que se hace necesario confirmar el nombramiento del tutor, Desanti se encarga de desarrollar el procedimiento de confirmación en el que constituye, sin lugar a dudas, el capítulo más amplio de todos los que componen el libro. Para ello, haciendo uso de un método analítico que le permite profundizar en todos los puntos de interés, comienza por la base, cuál es la intervención del magistrado en el procedimiento de confirmación y los aspectos competenciales para detenerse a continuación en la petición de confirmación en conexión con los diferentes casos de tutores nombrados *non iure* analizando, del mismo modo, el consentimiento del tutor y la obligación de la madre de pedir la confirmación de los tutores designados irregularmente por el padre. A lo largo del capítulo, la autora dedica un especial interés en poner de manifiesto las dos formas de confirmación: *ex inquisitione* y *sine inquisitione*, iniciando su en-

foque, como en otras ocasiones, con diferentes precisiones terminológicas, recurriendo a las fuentes jurídicas y señalando la posibilidad de que el Senador dispense de la *inquisitio*, según D. 26, 5, 18 (Ulp. 61 *ad ed.*). Resulta interesante el planteamiento del conflicto entre *voluntas testatoris* y *utilitas pupillorum* y el análisis efectuado de las diversas vicisitudes procedimentales, todo ello refrendado por el pensamiento de Modestino, Paulo, Juliano, Trifonino, Teófilo, Ulpiano, Marciano y Papiniano, poniendo el énfasis en el requisito de la garantía para la confirmación y sus posibles excepciones.

Antes de comenzar con la curatela, Lucetta Desanti dedica un capítulo a lo que viene a denominar la tutela confirmada y las otras tutelas. En él intenta determinar la íntima relación entre ambas mostrando, en primer lugar, el conflicto entre el tutor designado *non iure* y los otros tutores, es decir, aquéllos nombrados de forma testamentaria y legítima, así como la posible preferencia entre uno y otro, partiendo de la dificultad que supone el que las fuentes consultadas no son lo suficientemente explícitas en relación al tema cuestionado. En la misma sede procura examinar la naturaleza de la tutela confirmada y el problema de su acercamiento a la tutela testamentaria o dativa, así como los principios comunes a ambas, sin olvidar el tratamiento que se ofrece del mismo problema en el derecho justinianeo.

En el Capítulo noveno se inicia el tratamiento de la confirmación del curador del menor. En un primer acercamiento al tema se ponen de manifiesto los inciertos testimonios que ofrecen las fuentes jurídicas: D. 26, 3, 2, 1, (Nerat. 3 *reg.*); D. 26, 3, 8 (Tryph. 14 *disp.*); D. 27, 10, 16 *pr.* (Tryph. 13 *disp.*); D. 26, 7, 3, 5 (Ulp. 35 *ad ed.*); Vat. 147 (Ulp. *I. de exc.*); Vat. 202 (Ulp. *I. de off. pr. tutel.*); Vat. 211 (Ulp. *I. de off. pr. tutel.*); D. 27, 1, 13, 1 (Mod. 4 *exc.*); D. 46, 6, 7 (Mod. 6 *reg.*); C. 5, 29, 2 (a. 226); C. 5, 34, 4 (a. 244), hasta llegar a los primeros indicios de una confirmación del curador del menor en las reflexiones de Cervidio Scaevola —D. 27, 1, 32 (Paul. 7 *quaest.*); D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 *dig.*)— interpretadas por la propia autora, deteniéndose con posterioridad en la época severiana mediante el pensamiento de Ulpiano y Papiniano y mostrando la *cura minorum* como una prosecución natural de la tutela. Se repasa, igualmente, el principio *inviti adulescentes curatores non accipiunt* y la confirmación del curador del menor designado en testamento. Concluirá el capítulo, al igual que otros precedentes, con una revisión del tema en el derecho justinianeo. Con ello se vuelve a poner de manifiesto el elevado número de fuentes consultadas que respaldan todas y cada una de las aseveraciones realizadas por Desanti sin perjuicio de que la obra resulte plagada de citas textuales dejando, como es lógico, menos espacio a la creatividad de la autora, y sin acoger la abundante glosa bajomedieval y moderna (como ya apuntamos al principio) sin que por ello el trabajo realizado deje de ser digno de elogio.

Concluye el breve estudio sobre la curatela con un examen, igualmente breve, realizado en el siguiente capítulo, de tres supuestos de curatela confirmable: *curator ventris* —D. 29, 3, 9 (Paul. 45 *ad ed.*)—, *curator furiosi* —D. 27, 10, 16 *pr.* (Tryph. 13 *disp.*)— y *curator prodigi* —D. 27, 10, 16, 1-3 (Tryph. 13 *disp.*)—. Respecto a la *cura furiosi* se completa con el pensamiento justinianeo, en concreto C. 5, 70, 7, 4-6 c.

En un capítulo final y, en cierto modo, desconectado del hilo argumental, Desanti se ocupa de las disposiciones fideicomisarias destinadas a proteger al incapaz, insistiendo en el fideicomiso *in diem pubertatis* y las conside-

raciones de los juristas. Finaliza su trabajo con una reflexión en torno a la solicitud de administrar los bienes y su relación con la confirmación del tutor —D. 26, 3, 1 (Mod. 6 *exc.*)— volviendo a retomar un tema que ya parecía acabado en capítulos anteriores, aspecto que rompe la línea minuciosa y sistemática que se ha ido manifestando en las páginas precedentes, aunque quizás quedaría justificado por el intento de aclarar la confusión existente en este punto concreto entre tutela y curatela, deslinde entre ambas figuras que ha sido uno de los objetivos que ha ido cubriendo en el desarrollo de su completa obra al tiempo que dibujaba el auténtico perfil de la institución de la confirmación, verdadero punto de referencia tal y como se anunciaba desde las primeras páginas.

PATRICIA ZAMBRANA MORAL

MARTIN MORALES, Ricardo: «El derecho fundamental al honor en la actividad política», Universidad de Granada, 1994, págs. 224.

El objeto de esta obra, de acuerdo con su Prólogo, es el conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, pero dentro del ámbito específico de la actividad política. Está dividida en dos grandes capítulos: el denominado «Teoría General», en el que el autor profundiza en numerosas cuestiones relacionadas con el derecho al honor y el llamado «Ámbito de la Actividad Política». Lo primero que debe resaltarse es que el título del libro proporciona una expectativa sobre cuál es la materia que trata que después no se corresponde exactamente con la realidad. Esto sucede en buena parte de las obras, pero tal y como yo lo planteo en este momento no posee una connotación positiva. La decepción surge cuando se comprueba que en la primera parte dedica muchas páginas (págs. 19-159) a conocidos temas de la teoría general del honor, que han sido ya abordados con detenimiento por la doctrina y, por el contrario, es muy breve (págs. 163-211) el tratamiento que realiza de uno tan novedoso y tan poco estudiado como es el de las peculiaridades que presenta el derecho al honor en la actividad política.

El capítulo relativo a la Teoría General comienza con una *introducción* (págs. 19-29), en la que critica la mención poco clara del derecho al honor en el artículo 18.1 CE y encuadra a éste dentro de los límites de la libertad de expresión. El autor se detiene en el *segundo apartado* (págs. 29-38) en el concepto de honor y lo delimita respecto de otras figuras conexas, como la intimidad y la imagen. Mantiene una concepción ecléctica del honor (ni normativa ni fáctica), según la cual el derecho está compuesto de una vertiente estática, que coincide con la dignidad, y una dinámica, que es la reputación o consideración social y la autoestima. Esta última vertiente cambia de unas personas a otras en la medida en que está condicionada por la falta de integridad moral o por graves defectos o vicios personales. En los dos apartados siguientes se ocupa de los sujetos activo y pasivo de la lesión del honor. En cuanto al *sujeto titular del honor* (págs. 40-47), describe dos supuestos polémicos: las personas jurídicas —a las que niega el honor porque sólo detentan dignidad social y no sufren daños morales— y los cargos públicos —aquí renvía al capítulo segundo—. Dos matizaciones a este apartado, por una parte olvida otros casos conflictivos (personas fallecidas, menores, colectivos sin

personalidad jurídica), por otra, quizás éste no sea el lugar adecuado para abordar el consentimiento del ofendido y la disponibilidad del honor, tal y como hace el autor al final de este apartado concerniente a la titularidad del derecho. Respecto al *sujeto activo de la lesión del honor* (págs. 50-59) analiza cuatro cuestiones que presentan una especial dificultad: la legítima defensa (aunque constata la poca probabilidad de una calumnia o injuria realizada con el fin de evitar una agresión contra un determinado bien jurídico, no rechaza tampoco la posibilidad), el estado de necesidad (aquí, por el contrario, considera injustificable, dado el carácter inmaterial de los bienes jurídicos en conflicto, que una injuria o una calumnia constituyan un medio para evitar un mal igual o mayor), el «*animus*» del agente (con la dimensión constitucional del conflicto entre las libertades del artículo 20.1. a) y d) CE y el honor el criterio tradicionalmente empleado por la Jurisprudencia penal del «*animus iniuriandi*» ahora es insuficiente) y, por último, la condición de cargo público en el autor del atentado al honor, que se estudia en la segunda parte de la obra.

El *apartado 5.º* (págs. 59-64) está dedicado a la relatividad del contenido del derecho al honor, en concreto, a cuatro aspectos: la incidencia de las contingencias geográficas, temporales y culturales en el concepto de honor, el papel de los usos sociales en la delimitación del contenido del honor, las repercusiones que la relatividad del contenido de este derecho tiene en el artículo 7 LO 1/1982 y el significado del término parecer social. En resumen, debe distinguirse según Martín Morales entre el concepto y el contenido del honor, de manera que el concepto de honor es el mismo con independencia del contenido que presente en uno u otro tiempo y lugar. Los cuatro apartados siguientes están relacionados con el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. En el *apartado 6.º* (págs. 64-69) afirma que el modo más conveniente de resolver el conflicto es plantearse éste no en términos de colisión de derechos, sino de delimitación de los respectivos campos de acción de ambos, ya que antes de ponderar los derechos en conflicto ha de realizarse la delimitación del contenido mínimo constitucionalmente indeclinable de la libertad de expresión. El polémico tema de la distinción entre información y opinión, al que alude el *apartado 7.º* de esta teoría general (págs. 72-77), requiere la diferenciación de varias clases de opiniones (puras, opiniones unidas a una explicación sobre los hechos en que se basan, opiniones fundamentadas en hechos notorios, opiniones que encubren una divulgación de hechos y opiniones atribuidas a terceras personas). Otra cuestión es la existencia o no de opiniones falsas y de un principio absoluto de total irresponsabilidad por las opiniones. Según el autor la formulación de creencias y opiniones posee como único y exclusivo límite que éstas no sean absolutamente injuriosas, carentes de relación con lo que se expone e innecesarias para este objetivo.

El *apartado 8.º* (págs. 78-87) trata el concepto de «información veraz» manejado por el Constitucional, de manera que para el Tribunal significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa. Aborda a continuación Martín M. en qué consiste el deber de comprobación de la verdad y subraya que el problema radica en la ausencia en nuestro ordenamiento de fórmulas procesales adecuadas que permitan averiguar la actitud del informador. Los factores a tener en cuenta son la fuente generadora de la información, la naturaleza de la noticia, las peculiaridades que en cada medio de comunicación presenta el cumplimiento de su función y la rapidez en la

transmisión de la noticia. Otras materias que el autor considera son el diverso alcance que tiene la diligencia en el deber de comprobación de la veracidad de la noticia en el caso de un particular y en el caso de personas o cargos públicos, qué ocurre en el supuesto de errores no esenciales y el papel que juega la verdad en la prensa sensacionalista.

El apartado más interesante en este capítulo sobre la teoría general es el correspondiente a *la importancia del lenguaje en materia de honor* (págs. 89-107). Realmente consigue el autor los objetivos que se propone al principio del mismo: «Investigar las técnicas de manipulación del lenguaje, los disfraces terminológicos del “*animus iniuriandi*” o “*difamandi*”, el malabarismo verbal tendente a lesionar con sutileza el honor ajeno». Ninguna otra obra doctrinal lleva a cabo una formulación tan completa y elaborada de todas y cada una de las posibles manipulaciones del lenguaje. Analiza la distinción entre la crítica afilada y la lesión del honor (insulto), proponiendo la despenalización del insulto y su trasvase a los ilícitos civiles; la diferencia entre las frases lesivas «*per se*» y las frases necesitadas de apoyo extrínseco para estimarse ofensivas; si las imputaciones vagas o hipóboles vulneran o no el honor; el tono empleado; el lenguaje simbólico (que el autor denomina emblemático); si las simples alusiones o insinuaciones dan lugar a lesión del honor ajeno... Por último, profundiza todas las maneras en que el ofensor a través del lenguaje desca esquivar su responsabilidad. Cito algunos ejemplos del catálogo tan completo que la obra contiene: indeterminación del sujeto ofendido, frases que comienzan con un «creo que», la mera transmisión de rumores y el uso del reflexivo «se», alusión a fuentes imprecisas, formulación de simples deseos, dobles significados y palabras sinónimas, frases satíricas, puntos suspensivos, manipulación del entrecomillado, abuso de las disyunciones...

A continuación cambia bruscamente la materia dedicada al conflicto libertad de expresión-honor y aborda las diversas *vías de protección del honor* (págs. 126-141): LO 1/1982, derecho de rectificación, ilícito penal, Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y el recurso de amparo. Acaba el extenso capítulo primero con un apartado denominado «*Conclusiones*» (págs. 144-159), que a mi juicio es innecesario en la obra por dos tipos de razones. Primero, porque el autor al principio de cada apartado describe perfectamente cuáles son las cuestiones que luego desarrolla y de esta manera proporciona una visión rápida y ordenada de las ideas que sostiene. Segundo, y mucho más importante que el anterior motivo, porque el autor se limita a resumir, además de forma muy extensa, lo mantenido en los apartados 1 a 10. Ni concluye en el sentido estricto de la palabra ni sintetiza, simplemente describe.

El *segundo capítulo* estudia las peculiaridades que presenta el honor en las diversas esferas de la actividad política (crítica política, lucha electoral y actividad parlamentaria). En un *primer apartado*, introductorio (págs. 163-176), señala cómo la libertad de expresión adquiere preferencia respecto al honor cuando la información ostenta relevancia pública, bien por el carácter público de la persona (criterio subjetivo), bien porque afecta al interés general (criterio objetivo). Desde el punto de vista subjetivo distingue los siguientes conceptos: cargos públicos, personas públicas (universales o limitadas según hayan tomado o no parte en todas o algunas de las controversias públicas) y simples particulares. El autor plantea la existencia de intimidad en el caso de los cargos públicos y analiza el específico «*modus operandi*» del honor polí-

tico, ya que en un político cualquier lesión de su honor profesional, familiar, etc. repercute necesariamente en su honor político.

La crítica política es el objeto del *apartado 2.º* (págs. 179-190) que, en primer lugar, recuerda el conocido papel de la libertad de comunicación como base del Estado democrático. Están recogidos también otros temas, en concreto, si pervive o no un resquicio o un «oasis de dignidad» en los cargos públicos que ya han sido desprestigiados; si la voluntariedad de la participación política del individuo constituye un argumento de peso para que su derecho al honor sea más vulnerable frente a la libertad de expresión y si la crítica realizada por políticos hacia otros políticos encuentra justificación en la labor de fiscalización que los electores encomiendan a los cargos representativos. A esta última cuestión responde el autor en sentido negativo, puesto que los cauces específicos establecidos en la Constitución y en las leyes (mociones, interpelaciones, preguntas...) no pueden sustituirse por una crítica lesiva a través de los medios de comunicación. Finaliza este apartado con unas reflexiones sobre la carga de la prueba de la verdad en la crítica a los cargos públicos y la incidencia del secreto profesional.

Estudia en el *apartado 3.º* (págs. 191-200) la libertad de expresión frente al derecho al honor en la lucha electoral como fenómeno diferenciado de la crítica política, aunque Martín Morales es consciente de que puede alegarse que toda lucha electoral no es sino crítica política. La tesis que aquí sostiene le lleva a diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información. En cuanto al régimen de la libertad de expresión en la lucha electoral, el pluralismo político del artículo 1.1 CE exige de modo claro la prevalencia del artículo 20.1.a) CE sobre el artículo 18.1 CE. Por consiguiente, en este ámbito no constituyen intromisiones ilegítimas las expresiones injuriosas, incluso aunque no tengan relación con las ideas y opiniones expuestas. Es la opinión pública la encargada de sancionar y juzgar los excesos de los políticos. Respecto a la libertad de información, no deben admitirse las calumnias o falsas imputaciones de hechos pero también es cierto que la mayoría de las imputaciones de hechos son excesivamente vagas e imprecisas.

Un último *apartado* (págs. 200-215) considera el margen que ha poseer la libertad de expresión en la actividad parlamentaria. Si bien el fundamento de la mayor libertad de expresión de un político en la contienda electoral frente a un particular es la salvaguarda del pluralismo político, el mayor espacio de la libertad de expresión de un parlamentario en el ejercicio de esta función radica en que con ello se asegura la libre formación de la voluntad de la Cámara, que es precisamente la finalidad de la garantía de la inviolabilidad.

Como ya he subrayado al principio de estas líneas, creo que la obra hubiese ganado mayor interés con un enfoque diverso, de manera que el autor no desarrolla con la extensión y profundidad deseables el tema del honor en la actividad política, materia de relevante actualidad y que no ha sido objeto de un estudio monográfico por parte de la doctrina. Probablemente la razón esté precisamente en que la mayoría de las páginas están dedicadas a numerosas cuestiones relacionadas con la teoría general del honor, que ya han sido tratadas en más ocasiones. Quizá el autor hubiera podido analizar todas estas cuestiones generales pero aplicadas desde la primera página del libro al ámbito específico de la actividad política. Se echa en falta un tratamiento más sistemático de la Jurisprudencia y de la doctrina, en especial del Derecho Comparado. Recuerdo, por último, que los méritos tampoco están ausentes del trabajo: la elección del tema, la bibliografía muy cuidada y el tratamiento que

llevan a cabo de determinados puntos (en concreto, el apartado correspondiente al uso del lenguaje en materia de honor o el capítulo acerca de la actividad política).

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN

V.V.A.A.: «Beiträge zur Geschichte der Juristischen Fakultät der Universität Rostock», Rostock, 1994, págs. 136.

La reunificación de las dos Alemanias, o, por mejor decir, la absorción de la D.D.R. por la B.R.D., como consecuencia de la caída del Muro de Berlín ha sido un acontecimiento histórico de incalculables consecuencias en el orden político y económico, y también en el jurídico pues no cabe olvidar que, de un día para otro, la práctica totalidad del ordenamiento de la «Zona» —como eufemísticamente solían denominarla los de este lado— quedó derogado y sustituido por el B.G.B. y las leyes especiales. Ello está repercutiendo asimismo en las Universidades de la antigua D.D.R. sometidas a una profunda renovación del personal, de los planes de estudio, modernización de infraestructuras, etc. De alguna manera tales centros universitarios están tratando de volver a sus orígenes, de redescubrir sus raíces más antiguas. Ello resulta especialmente indicado en casos como el de la Universidad de Rostock cuya Juristische Fakultät fue cerrada temporalmente por el régimen comunista, y ha sido reabierto al advenir la democracia. Con ocasión de celebrarse el 575 aniversario de su fundación, un Seminario dirigido por los Profesores Filippo Ranieri y Hans Peter Glöckner, ha recogido materiales sobre la historia de la Universidad y, en particular, de su Facultad de Derecho, que ahora han visto la luz en una publicación de la propia Universidad. El Estudio General de Rostock fue erigido en 1419 en virtud de una Bula papal con apoyo económico de las autoridades civiles de esta ciudad hanseática. Esta Universidad católica pasó por numerosas vicisitudes —paralelas a las que atravesaron los territorios alemanes— hasta la Guerra de los Treinta Años, siendo la más importante la fórmula concordada de 1564, y la segregación de la Universidad de Bützover a finales del siglo XVIII. La época nacional-socialista se significó por la reforma en profundidad de los planes de estudios, con obvias finalidades ideológicas, operada en el período 1933-1937. El último episodio que se narra con detalle es el cierre provisional o temporal de la Facultad de Derecho realizado en 1950.

La obra contiene abundancia de datos estadísticos sobre número y procedencia de los estudiantes de Derecho; también curiosidades: así se nos dice que la primera mujer se matriculó en 1918, y la primera que se doctoró lo hizo en 1927, teniendo que llegar 1943 para que ocupara una cátedra.

Se nos informa asimismo de la creación de un Banco de Datos sobre juristas alemanes de los siglos XVI a XVIII, dirigido por el Prof. Ranieri, en conexión con el Max Plank, y con base en las *Dissertationes* defendidas en las Universidades, y que en buena parte conservan los Archivos y Bibliotecas; de 1982 1990 ha recogido alrededor de 30.000 datos. Es lógico que se haya utilizado dicho Banco de datos para resaltar a algunos Profesores destacados que a lo largo de estos siglos han enseñado en Rostock; así el filósofo del derecho Oldendorp, llamado a Rostock en 1526; el penalista Edler von Quistorp que

enseña a partir de 1772; el ilustre miembro de la Escuela Histórica autor del *System des gemeinen deutschen Privatrecht*, llamado a Rostock en 1837 y luego destacado político liberal, Georg Beseler; el conocido historiador del derecho, Mitteis, llegado a esta Universidad en la difícil época de 1940.

El reencuentro con los orígenes ya señalado, la búsqueda, en cierto modo, de una identidad perdida, parece estar igualmente presente en el homenaje que la Universidad y la Facultad de Derecho de Rostock han rendido a Hugo Grocio con motivo del 350 aniversario de su muerte, ocurrida precisamente en esta ciudad, a consecuencia de las lesiones sufridas en un naufragio. Los actos han tenido lugar el 28 de agosto de 1995, y merece destacarse la intervención del Prof. Luig, de Koln, titulada *Die Bedeutung von Hugo Grotius für das Privatrecht*.

Si la calidad de la enseñanza germánica ha sido siempre motivo de admiración entre nosotros, cabe ahora decir que deseamos tenga éxito el magno proyecto de modernización de la mayoría de Universidades de la desaparecida D.D.R. que se está llevando a cabo, y del que puede servir de pauta lo que está ocurriendo en la pequeña Universidad hanseática.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de Sucesiones.—II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valores, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. Derecho urbanístico.—IV. Derecho comunitario.—V. Derecho procesal.—Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

I. INTRODUCCION

1. ALPA, Guido: *Diritto privato (Legislazione regionale)*, DPC, núm. 1, 1993, págs. 83 y ss.

2. ASUA GONZALEZ, C.I., GIL RODRIGUEZ, J. y HUALDE SANCHEZ, J.J.: *El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, DPC, núm. 2, 1994, págs. 9 y ss.

3. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: *La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales*, DPC, núm. 1, 1993, págs. 15 y ss.

4. BUENO CASTELLOTE, José M.^a: *El proceso de incorporación de las normas internacionales en nuestro ordenamiento jurídico: un proceso constitucional*, RGD, mayo 1995, págs. 4913 y ss.

5. BUSTOS PUECHE, José Enrique: *Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional*, La Ley, 1994-3, págs. 1001 y ss.

6. CASTELLO SAEZ, Alfredo C.: Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley: distinción entre ambas, relación con la autonomía de la voluntad y límites para su validez, RGD, enero-febrero 1995, págs. 49 y ss.

7. COCA PAYERAS, Miguel: El despliegue del artículo 149.1.8.a de la Constitución en el ámbito jurídico balear, DPC, núm. 2, 1994, págs. 35 y ss.

8. DURAN RIVACOVA, Ramón: Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 67 y ss.

9. GARRIDO MAYOL, Vicente: Leyes estatales, leyes autonómicas, derecho supletorio (A propósito de la primera Sentencia de casación en materia de Derecho Civil valenciano), RGD, marzo 1995, págs. 1567 y ss.

10. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: Derecho Civil común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas, RJN, núm. 11, 1994, págs. 81 y ss.

11. LORENZO MERINO, Fernando José: El derecho civil de Galicia y la Constitución de 1978, DPC, núm. 2, 1994, págs. 79 y ss.

12. MARTINEZ SARRION, Angel: La proyección en la doctrina jurídica de Ihering y de Windscheid vistas en su primer centenario, AAMN, Tomo XXXIV, págs. 23 y ss.

13. MALUQUE DE MOTES BERNET, Carlos, J.: Del artículo 149.1.8.a de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas, DPC, núm. 1, 1993, págs. 125 y ss.

14. MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: Consideraciones sobre los tratados internacionales, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 359 y ss.

15. MOZOS, José Luis de los: El nuevo Código Civil holandés: el derecho patrimonial, RDP, febrero 1995, págs. 139 y ss.

16. RUBIO TORRANO, Enrique: Constitución y Derecho civil navarro, DPC, núm. 2, 1994, págs. 55 y ss.

17. SERRANO GARCIA, José Antonio: La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho civil foral, DPC, núm. 1, 1993, págs. 177 y ss.

18. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: El vigente sistema español de Derecho Internacional Privado tras las sucesivas reformas, RDP, noviembre 1994, págs. 943 y ss.

19. VAQUER ALOY, Antoni: Los conceptos de «conservación», «modificación» y «desarrollo» del artículo 149.1.8.a de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán, DPC, núm. 2, 1994, págs. 239 y ss.

20. ZABALO ESCUDERO, M.^a Elena: El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994, Poder Judicial, núm. 36, 1994, págs. 397 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

21. ALAMILLO DOMINGO, Fernando M.: Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información, La Ley, 1994-3, págs. 958 y ss.

22. ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel: El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona, RGD, enero-febrero 1995, págs. 189 y ss.

23. CASTAN VAZQUEZ, José M.^a: La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos Civiles), RGD, diciembre 1994, págs. 12457 y ss.

24. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1994, Actualidad Civil, núm. 27 de 1995, págs. 565 y ss.

25. FERNANDEZ FARRERES, Germán: El derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema de recursos contra sentencias en el proceso de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Comentario a la STC (Sala 1.^a) de 20 de junio de 1994, La Ley, 1994-4, págs. 53 y ss.

26. GARCIA ARAN, Mercedes: Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos, RJC, núm. 3, 1995, págs. 683 y ss.

27. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: Incapacitación: extensión de la incapacidad declarada en la sentencia respecto del internamiento y la capacidad para testar. Interpretación de los artículos 210, 211 y 665 del Código Civil, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1051 y ss.

Comentario a la STS de 20 de mayo de 1994.

28. GONZALEZ POVEDA, Pedro: Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: cuestiones procedimentales, Actualidad Civil, núm. 6, 1995, págs. 115 y ss.

29. LIDON MONTON GARCIA, María: Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión, La Ley, 1995-1, págs. 874 y ss.

30. MARCHENA GOMEZ, Manuel: La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal, RGD, diciembre 1994, págs. 12471 y ss.

31. MARTINEZ ESPIN, Pascual: Utilización ilícita de la imagen de actriz fallecida con fines publicitarios y comerciales, CCJC, 37, 1995, págs. 395 y ss.

Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1994.

32. ORTI VALLEJO, Antonio: El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio), DPC, núm. 2, 1994, págs. 305 y ss.

33. RAMOS CHAPARRO, Enrique: Enfermedad física, autogobierno e incapacitación. (Comentario a la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de enero de 1994), Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 397 y ss.

34. RAMOS CHAPARRO, Enrique: Incapacitación: autogobierno, graduabilidad. Indefensión, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 377 y ss.

Comentario a la STS de 31 de octubre de 1994.

35. ROVIRA SUEIRO, María E.: Recurso de amparo 2106/1990 contra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Supuesta intromisión en el ámbito protegido por el artículo 18 de la CE: efectos de la revocación del consentimiento prestado por el recurrente, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 993 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994.

36. RUIZ MIGUEL, Carlos: El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español, RGD, abril 1995, págs. 3207 y ss.

37. SARMIENTO ACOSTA, Manuel, J.: El derecho al honor del particular y libertad de expresión (A propósito de la Sentencia núm. 170/1994, de 7 de junio, del Tribunal Constitucional), Poder Judicial, núm. 36, 1994, págs. 375 y ss.

38. TABOADA ROCA, Manuel: Una lamentable desviación jurisprudencial en materia nobiliaria, RDP, julio-agosto 1995, págs. 635 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

39. ALBALADEJO GARCIA, Manuel: La distinción entre comunidad y sociedad, Actualidad Civil, núm. 33, 1995, págs. 669 y ss.

40. CAFFARENA LAPORTA, Jorge: El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones, AAMN, Tomo XXXIV, págs. 83 y ss.

41. MARIN LOPEZ, Juan José: Cooperativa: baja de socios. Expulsión tácita: inviabilidad. Reembolso de aportaciones: cuantía, plazos y deducciones. Compensación: oponibilidad del contracrédito prescrito. Tribunales Superiores de Justicia: competencia en materia de conflictos cooperativos, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 963 y ss.

Comentario a la STS de 12 de abril de 1994.

42. QUESADA GONZALEZ, Corona: Sociedad civil: «affectio societatis». Sociedad y comunidad, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 283 y ss.

Comentario a la STS de 6 de octubre de 1994.

43. PRADA GONZALEZ, José M.^a de: Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones, RJN, núm. 11, 1994, págs. 203 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

44. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 291 y ss.

45. ALVAREZ-LINERA Y URÍA, César: Comentario de urgencia a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, RGD, enero-febrero 1995, págs. 13 y ss.

46. AVILA NAVARRO, Pedro: Extensión de la «condición resolutoria explícita» en la contratación inmobiliaria, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2581 y ss.

47. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: La forma y perfección de los contratos de venta celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, La Ley, 1994-4, págs. 1136 y ss.

48. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Responsabilidad civil médica: responsabilidad por culpa; naturaleza de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; carga de la prueba, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 149 y ss.

Comentario a la STS de 22 de julio de 1994.

49. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Interpretación de los contratos: cálculo del interés en préstamo bancario; interés moratorio; usos bancarios; cláusulas oscuras en contrato de adhesión. Falta de legitimación activa: inexistencia de acción popular civil en nuestro Ordenamiento, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 945 y ss.

Comentario a la STS de 8 de abril de 1994.

50. BORRAS RODRIGUEZ, Alegría: La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, AAMN, Tomo XXXIV, págs. 263 y ss.

51. CABALLERO LOZANO, José M.^a: La protección del consumidor en la venta fuera de establecimiento a través de la nulidad del contrato, La Ley, 1994-4, págs. 988 y ss.

52. CABALLERO LOZANO, José M.^a: Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento, RDP, diciembre 1994, págs. 1047 y ss.

53. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa «in contrahendo», RCDI, núm. 628, 1995, págs. 747 y ss.

54. CALDERON CUADRADO, M.^a Pía: El pago o consignación de rentas, requisito de admisibilidad de los recursos en materia arrendaticia (En torno a la STC 344/1993, de 22 de noviembre), DPC, núm. 3, 1995, págs. 375 y ss.

55. CALZADA CONDE, M.^a de los Angeles: Seguro voluntario de responsabilidad civil. Acción ejercitada por asegurado. Incongruencia. El asegurador ha de pagar al perjudicado y al asegurado. Incremento del 20 por 100 en la indemnización: se impone «ope legis». No procede condenar al asegurador a su pago en favor del asegurado, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 217 y ss.

Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1994.

56. CAMACHO DE LOS RIOS, Javier: Seguro de caución y fianza solidaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994, La Ley, 1994-3, págs. 1060 y ss.

57. CARRASCO PERERA, Angel: Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STC 6/1992, de 13 de enero), DPC, núm. 1, págs. 225 y ss.

58. CAVANILLAS MUGICA, Santiago: Inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual en caso de lesiones, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1077 y ss.

Comentario a la STS de 26 de mayo de 1994.

59. CERVELLO I NADAL, Teresa: La Llei 29/1994, de 24 de noviembre, d'Arrendaments Urbans. Aspectes generals. Algunes consideracions sobre els arrendaments de vivenda que regula, RJC, núm. 2, 1995, págs. 395 y ss.

60. CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: Las disposiciones transitorias de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, RJC, núm. 2, 1995, págs. 417 y ss.

61. CRISTOBAL MONTES, Angel: La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación alternativa, con elección correspondiente al deudor, RDP, marzo 1995, págs. 225 y ss.

62. CUENCA ANAYA, Francisco: Cláusulas abusivas en ventas empresariales de viviendas, Actualidad Civil, núm. 12, 1995, págs. 239 y ss.

63. DIAZ ALABART, Silvia: Incongruencia. Arras: naturaleza. Interpretación de los contratos, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1165 y ss.

Comentario a la STS de 21 de junio de 1994.

64. DIAZ JIMENEZ, M.^a del Carmen: El mito de la innecesariedad de la interpretación de las cláusulas claras en los contratos y el control de la hermenéutica contractual en el recurso de casación, Actualidad Civil, núm. 30, 1995, págs. 631 y ss.

65. **ESPIAU ESPIAU, Santiago:** La atribución judicial de la vivienda arrendada (A propósito de la STC 289/1993, de 4 de octubre), DPC, núm. 3, 1995, págs. 297 y ss.

66. **ESTEBAN CASTILLO, Ernesto:** El recargo sobre las indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico, Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 39 y ss.

67. **FENOY PICON, Nieves:** Compraventa de finca; descubrimiento de servidumbre no aparente; de conducción y transformación eléctrica. Desconocimiento del comprador en el momento de la perfección de la venta. Requisitos de aplicación del artículo 1483 CC; indemnización de daños y perjuicios: su alcance, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1101 y ss.

Comentario a la STS de 8 de junio de 1994.

68. **FERNANDEZ COSTALES, Javier:** Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad médica negligente por actuación profesional. Responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD). Prescripción de la acción. Cómputo. «Dies a quo». Responsabilidad solidaria, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1153 y ss.

Comentario a la STS de 20 de junio de 1994.

69. **FERNANDEZ-ARAMBURU LEON, Armando:** La posible inconstitucionalidad de la normativa reguladora de la fianza en los arrendamientos urbanos, La Ley, 1994-3, págs. 921 y ss.

70. **FERNANDEZ-ESPINAR, Gonzalo:** Consideraciones en torno a la conversión de los negocios jurídicos nulos en sede de teoría general de ineficacia negocial, RDP, abril 1995, págs. 327 y ss.

71. **FERNANDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio:** Documento notarial y condiciones generales de la contratación, AAMN, Tomo XXXIV, págs. 205 y ss.

72. **FLORENSA TOMAS, Carles Enric:** Donación: donación onerosa o modal, escritura pública como requisito de validez y eficacia del negocio cuando se dona un bien inmueble. Documento público. Comunidad de bienes: personalidad jurídica; representación de la voluntad comunitaria; legitimación «ad causam», CCJC, núm. 37, 1995, págs. 169 y ss.

Comentario a la STS de 27 de julio de 1994.

73. **GALAN CORTES, Julio César:** La responsabilidad civil y penal del médico anestesista, La Ley, 1995-1, págs. 1055 y ss.

74. **GARCIA MAS, Francisco Javier:** Breves notas a la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, Actualidad Civil, núm. 15 de 1995, págs. 283 y ss.

75. **GARRIDO PEREZ, Alberto:** La regulación jurídica de los servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas, La Ley, 1995-1, págs. 865 y ss.

76. GAY CANO, Carmen: La imposición de firma de pagaré en blanco en contratos privados de préstamo al consumo, RGD, diciembre 1994, págs. 12509 y ss.

77. GOMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen y DIAZ ALABART, Silvia: Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, Actualidad Civil, núm. 25, 1995, págs. 519 y ss.

78. GORDILLO CAÑAS, Antonio: Venta de bienes de menores sin la preceptiva autorización judicial: su sanción, la simple anulabilidad y no la nulidad radical ni la inexistencia; falta de legitimación en la madre vendedora para pedir la nulidad. Actos propios, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1029 y ss.

Comentario a la STS de 9 de mayo de 1994.

79. GRAMUNT FOMBUENA, M.^a Dolores: Ejercicio del derecho de retracto: la distinta naturaleza de la consignación y el reembolso (A propósito de la STC 12/1993, de 27 de enero), DPC, núm. 1, 1995, págs. 311 y ss.

80. GUTIERREZ GONZALEZ, Carlos: Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, RGD, abril 1995, págs. 3181 y ss.

81. HERRANZ ORTIZ, Ana I.: Resolución de contratos de arrendamiento de locales. Pérdida o destrucción del edificio. Valoración del coste de las obras de reconstrucción, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 209 y ss.

Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1994.

82. HUERTA VIESCA, M.^a I. y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: La nueva regulación del pago o consignación de rentas para recurrir en los arrendamientos urbanos (los nuevos artículos 1566 y 1567.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), RGD, diciembre 1994, págs. 12533 y ss.

83. IZU BELLOSO, Miguel José: Los juegos de azar en el Derecho histórico y en el Derecho actual de Navarra, RJNav, núm. 17, 1994, págs. 69 y ss.

84. JORDANO FRAGA, Francisco: Responsabilidad médica. Responsabilidad personal y responsabilidad por hecho ajeno, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 231 y ss.

Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1994.

85. JORDANO FRAGA, Francisco: El «dies a quo» para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente), RCDI, núm. 626, 1995, págs. 71 y ss.

86. JUANES PECES, Angel: El deber médico de información como fuente de responsabilidad, RJC, núm. 3, 1995, págs. 705 y ss.

87. LETE ACHIRICA, Javier: Compraventa de bien inmueble con precio aplazado. Aplicación de la facultad de resolución de las obligacio-

nes recíprocas para el caso de incumplimiento de una de las partes, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 313 y ss.

Comentario a la STS de 14 de octubre de 1994.

88. **LLAMAS POMBO, Eugenio: Responsabilidad médica contractual: Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto: deberes que integran la obligación de medios del médico; obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgos,** CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1005 y ss.

Comentario a la STS de 25 de abril de 1994.

89. **LLOBET I AGUADO, Josep: El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, RGD, enero-febrero 1995, págs. 143 y ss.**

90. **MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: Las cláusulas excesivas en los préstamos bajo condiciones generales, Actualidad Civil, núm. 11, 1995, págs. 223 y ss.**

91. **MARIN LOPEZ, Juan José: Fianza arrendaticia, competencias autonómicas y obligaciones contractuales (Al hilo del Auto del Tribunal Constitucional 242/1993, de 13 de julio), DPC, núm. 2, 1994, págs. 333 y ss.**

92. **MARTINEZ SANCHEZ, Diego: Inconstitucionalidad del nuevo régimen de actualización de las rentas urbanas, Actualidad Civil, núm. 29, 1995, págs. 613 y ss.**

93. **MARTINEZ SAURI, Santiago: El procedimiento judicial en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, La Ley, 1995-1, págs. 822 y ss.**

94. **MATEO DIAZ, José: Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, Actualidad Civil, núm. 28, 1995, págs. 599 y ss.**

95. **MERCADAL VIDAL, Francisco: Contrato de mediación inmobiliaria: requisitos generales de la retribución del mediador; incumplimiento por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria de sus deberes profesionales; celebración de una compraventa en unos términos que, merced al incumplimiento de dichos deberes profesionales, no responden a la verdadera situación jurídica y registral de las fincas vendidas; improcedencia de la retribución del Agente, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1183 y ss.**

Comentario a la STS de 4 de julio de 1994.

96. **MERINO GUTIERREZ, Arturo: Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial, La Ley, 1995-1, págs. 916 y ss.**

97. **MERINO GUTIERREZ, Arturo: Cesión de créditos: conocimiento y notificación de la cesión. Presunción de conocimientos: prueba**

de presunciones. Levantamiento del velo de la persona jurídica: identidad entre dos sociedades anónimas, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 187 y ss.

Comentario a la STS de 30 de julio de 1994.

98. MERINO MERCHAN, José Fernando: El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas profesionales y sus clubes y los de éstos entre sí, *La Ley*, 1994-4, págs. 983 y ss.

99. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas, *Actualidad Civil*, núm. 13, 1995, págs. 247 y ss.

100. MIRO I GILI, Marius: Aspects processals de la nova L.A.Ú., *RJC*, núm. 2, 1995, págs. 467 y ss.

101. MOLINO Y NUÑEZ, M.^a del Carmen: La tutela judicial efectiva en la consignación de rentas del artículo 148.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, *RDP*, diciembre 1994, págs. 1065 y ss.

102. MULLÉRAT, Ramón: La responsabilidad civil de productos en derecho español, *RJC*, núm. 1, 1995, págs. 9 y ss.

103. MUNAR BERNAT, Pedro A.: Separación matrimonial. Revocación de poderes. Compraventa sin poder de disposición. No afectación al adquirente de buena fe, *CCJC*, núm. 36, 1994, págs. 1083 y ss.

Comentario a la STS de 26 de mayo de 1994.

104. NAVARRO CASTRO, Miguel: Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción: tradición instrumental de pisos por construir, *CCJC*, núm. 36, 1994, págs. 1043 y ss.

Comentario a la STS de 18 de mayo de 1994.

105. PARRA LUCAN, M.^a de los Angeles: Daños por rotura de cable de montacargas. Responsabilidad de la empresa de mantenimiento (inexistencia de caso fortuito) y no del propietario (cumplimiento de sus obligaciones), *CCJC*, núm. 37, 1995, págs. 267 y ss.

Comentario a la STS de 4 de octubre de 1994.

106. PASCUAL ESTEVILL, Luis: La responsabilidad precontractual, *La Ley*, 1994-4, págs. 936 y ss.

107. PEREZ VEGA, Angeles: Opción de compra. Ejercicio del derecho de opción: obligación de notificar al cedente-vendedor en el plazo convenido y, en su caso, el rehúse de la compra: supone más bien una opción de descompra; arrendamiento y opción, *CCJC*, núm. 36, 1994, págs. 1021 y ss.

Comentario a la STS de 4 de mayo de 1994.

108. REBOLLEDO VARELA, Angel: Incumplimiento contractual. Viviendas de Protección Oficial. Indemnización del valor actual de la vivienda. Aplicación del límite administrativo de precios máximos, *CCJC*, núm. 37, 1995, págs. 297 y ss.

Comentario a la STS de 10 de octubre de 1994.

109. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial, RCDI, núm. 626, 1995, págs. 9 y ss.

110. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando: Notas sobre el concepto de contrato de adhesión, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 1057 y ss.

111. RODRIGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan: La indemnización del artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, La Ley, 1994-4, págs. 1070 y ss.

112. RUBIO GARRIDO, Tomás: Saneamiento por evicción: pérdida de la cosa comprada por embargo anotado preventivamente sobre ella con anterioridad a la compra. Saneamiento e incumplimiento contractual. Aspectos procesales del saneamiento por evicción, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 75 y ss.

Comentario a la STS de 12 de julio de 1994.

113. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: Intereses moratorios. El principio «in illiquidis non fit mora»: revisión de la doctrina, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 905 y ss.

Comentario a la STS de 21 de marzo de 1994.

114. SANCHEZ GONZALEZ, M.^a Paz: Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales, DPC, núm. 1, 1993, págs. 151 y ss.

115. SEIJAS QUINTANA, José Antonio: Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos, Actualidad Civil, núm. 16, 1995, págs. 301 y ss.

116. SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: Eficacia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria sobre los mismos bienes, Actualidad Civil, núm. 7, 1995, págs. 137 y ss.

117. SUAREZ ROBLADANO, José Manuel: Indemnizaciones por daños corporales, Actualidad Civil, núm. 32, 1995, págs. 655 y ss.

118. TUR FAUNDEZ, Nélica: Cofianza solidaria. Presupuesto o límites para el ejercicio del derecho de regreso del cofiador «solvens» frente a los demás cofiadores, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1063 y ss.

Comentario a la STS de 24 de mayo de 1994.

119. TUR FAUNDEZ, Nélica: Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994), RGD, mayo 1995, págs. 4869 y ss.

120. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: Sobre la reforma de los arrendamientos «urbanos» (sic), Actualidad Civil, núm. 34, 1995, págs. 683 y ss.

Ante todo señalar que en el título de este trabajo parece existir una errata, ya que su contenido se refiere a los arrendamientos rústicos. En efecto, el au-

tor analiza aquí dos Proyectos de Ley presentados por el Gobierno en esta V Legislatura. El primero de ellos, tiene por finalidad potenciar las organizaciones interprofesionales en el campo agrario y alimenticio. El segundo Proyecto busca la modernización de las explotaciones agrarias, un nuevo régimen para los jóvenes agricultores y las unidades mínimas de cultivo, así como una reforma parcial de la normativa reguladora de los arrendamientos rústicos.

121. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: Arrendamiento de pastos sujeto a la legislación especial, contratos de temporada y fraude de ley; prórroga convencional; Derecho transitorio, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 387 y ss.

Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1994.

122. YLLANES SUAREZ, Juan Pedro y JIMENEZ BALLESTER, Federico: La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994: duración y renta de los contratos, Actualidad Civil, núm. 26, 1995, págs. 545 y ss.

123. ZELAYA ETXEGARAY, Pedro: La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español, RJNav, núm. 16, 1993, págs. 87 y ss.

124. ZURITA MARTIN, Isabel: La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal, RGD, abril 1995, págs. 3161 y ss.

5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

125. ALEGRE AVILA, Juan Manuel: Expropiación forzosa: hojas de aprecio, premio de afección e intereses de demora. Comentario a la STS (Sala 3.a, Secc. 6.a) de 17 de julio de 1993, La Ley, 1994-4, págs. 462 y ss.

126. ANDREU MARTI, M.^a del Mar: La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario, RDBB, núm. 57, 1995, págs. 103 y ss.

127. AVILA NAVARRO, Pedro: La hipoteca en garantía de cuenta corriente, RJC, núm. 3, 1995, págs. 721 y ss.

128. BARONA VILAR, Silvia: El procedimiento ejecutivo del art. 131 de la Ley Hipotecaria (Sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre), DPC, núm. 3, 1995, págs. 325 y ss.

129. BELLO JANEIRO, Domingo: Reivindicación por usufructuaria de la posesión de la vivienda ocupada por esposa separada del hijo de aquélla. Derecho real de habitación familiar: atribución del uso de la vivienda por convenio regulador homologado judicialmente; eficacia frente a terceros del acuerdo incorporado a la sentencia en cuanto a su fe-

cha; inexistencia de precario. Comunidad de propietarios: legitimación activa para el ejercicio de acciones, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 331 y ss.

Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994.

130. BERNALDEZ BERNALDEZ, Manuel Pedro: Tres Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el arrendamiento financiero, RGD, marzo 1995, págs. 2349 y ss.

131. BONDIA ROMAN, F.: La incorporación de las Directivas Comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español, RGD, enero-febrero 1995, págs. 539 y ss.

132. CABALLERO GONZALEZ, José M.^a: La expropiación forzosa en el patrimonio histórico español, La Ley, 1995-1, págs. 956 y ss.

133. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.^a: El principio registral de legitimación, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2311 y ss.

134. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994, RJN, núm. 10, 1994, págs. 9 y ss.

135. CAVANILLAS MUGICA, Santiago: Prescripción y tutela judicial efectiva (Comentario de la STC 220/1993, de 30 de junio), DPC, núm. 3, 1995, págs. 315 y ss.

136. CHICO Y ORTIZ, José M.^a: Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2213 y ss.

137. COBACHO GOMEZ, José Antonio: El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero), DPC, núm. 3, 1995, págs. 267 y ss.

138. CUESTA SAEZ, José M.^a de la: El esquema básico de la protección posesoria en el Código Civil español, RDP, mayo 1995, págs. 411 y ss.

139. CUESTA SAENZ, José M.^a de la: El estatuto jurídico del suelo con destino agrario, DPC, núm. 3, 1995, págs. 131 y ss.

140. DIEZ GARCIA, Helena: Hipoteca sobre cosa común, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 849 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 1994.

141. FERNANDEZ COSTALES, Javier: Las urbanizaciones y la propiedad horizontal, Actualidad Civil, núm. 8, 1995, págs. 149 y ss.

142. FERNANDEZ DE CORDOVA CLAROS, Iñigo: Notas en torno al Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, La Ley, 1994-3, págs. 844 y ss.

143. FERRER VANRELL, M.^a Pilar: Tercería de dominio. Eficacia del embargo con independencia de la anotación preventiva en el Registro. Eficacia de la anotación preventiva de embargo. Anotación suspensiva de la suspensión. No concurrencia de los requisitos del artículo 34 LH, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 157 y ss.

Comentario a la STS de 26 de julio de 1994.

144. GARCIA GARCIA, José Manuel: La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2239 y ss.

145. GARCIA GARCIA, José Manuel: La finca como base del sistema inmobiliario, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2437 y ss.

146. GODOY DOMINGUEZ, Luis A.: El carácter personal o real del pacto de indivisión, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 605 y ss.

147. GOMEZ CORRALIZA, Bernardo: Prescripción: interrupción por reclamación extrajudicial; se produce aunque ésta se efectúe a través de un organismo legalmente inexistente o ante un organismo inadecuado; interpretación restrictiva por tratarse de un instituto no basado en la justicia intrínseca. Plazo de dos años del artículo 23 de la Ley Contrato de Seguro: se puede interrumpir por reclamación judicial conforme al artículo 1.973 CC, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 85 y ss.

Comentario a la STS de 18 de julio de 1994.

148. GOMEZ GALLIGO, Francisco Javier: Principio de especialidad registral, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2437 y ss.

149. HERNANDEZ ANTOLIN, José Manuel: La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio del Derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria, Actualidad Civil, núm. 21, 1995, págs. 399 y ss.

150. LEGUINA VILLA, Jesús: El régimen constitucional de la propiedad privada, DPC, núm. 3, 1995, págs. 9 y ss.

151. LETE ACHIRICA, Javier: La multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993, RDP, junio 1995, págs. 523 y ss.

152. LOPEZ FRIAS, Ana: La posesión con título y la prescripción «contra tabulas» como causas de oposición a la acción real registral, RDP, mayo 1995, págs. 427 y ss.

153. MANZANO SOLANO, Antonio: El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, núm. 625, 1994, págs. 2495 y ss.

154. MARIN LOPEZ, Juan José: La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado, DPC, núm. 2, 1994, págs. 111 y ss.

155. MARTINEZ ESPIN, Pascual: Legitimación activa de las entidades de gestión de derechos de autor. (Comentario a la Sentencia de la

Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de enero de 1994), Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 285 y ss.

156. NAVAS NAVARRO, Susana: La adquisición de bienes inmuebles sin dueño conocido por la Generalidad de Cataluña, DPC, núm. 2, 1994, págs. 197 y ss.

157. NOGUERA DE LA MUELA, Belén: La propiedad privada y las servidumbres en la Ley de Costas, DPC, núm. 3, 1995, págs. 235 y ss.

158. NUÑEZ BOLUDA, M.^a de los Desamparados: La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe, Actualidad Civil, núm. 10 de 1995, págs. 199 y ss.

159. OLIVA RODRIGUEZ, Antonio-Manuel: La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre de 1944: breves anotaciones históricas, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2545 y ss.

160. PAU PEDRON, Antonio: Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales, RCDI, núm. 625, 1994, págs. 2187 y ss.

161. PICON PALACIO, Agustín: El interdicto de obra nueva, la Administración y los conflictos de jurisdicción, Actualidad Civil, núm. 9, 1995, págs. 179 y ss.

162. RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: Abuso del derecho. Impugnación de acuerdo de realización de obras en una zona común de un edificio en régimen de propiedad horizontal nueve años después y sin que la restitución de las cosas a su estado original suponga beneficio alguno a los demandantes. Inexistencia de consentimiento tácito. No cabe aplicar por analogía las normas mercantiles o tributarias sobre conservación de documentos, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 59 y ss.

Comentario a la STS de 11 de julio de 1994.

163. RAMS ALBESA, J. y FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA, A.: La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación de la Ley de 11 de noviembre de 1987, RJN, núm. 10, 1994, págs. 177 y ss.

164. REY MARTINEZ, Fernando: Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada, DPC, núm. 3, 1995, págs. 169 y ss.

165. RIBOT i IGUALADA, Jordi: La garantía constitucional de la propiedad privada, DPC, núm. 3, 1995, págs. 203 y ss.

166. ROBLES GARZON, J.A. y SENES MOTILLA, C.: Inconstitucionalidad del procedimiento judicial sumario establecido en favor del Banco Hipotecario de España, La Ley, 1995-1, págs. 903 y ss.

167. ROCA TRIAS, Encarna: La responsabilidad del propietario de vehículos: función social de la propiedad y responsabilidad por riesgo, RJC, núm. 1, 1995, págs. 135 y ss.

168. RODRIGUEZ-ROSADO, Bruno: Inscripción registral de la escritura de compraventa con pacto de retro de una vivienda sita en Logroño en función de garantía de un crédito, según las Leyes 475 y siguientes de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 323 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1994.

169. TORRERO MUÑOZ, Magda: El arrendamiento financiero inmobiliario y su inscripción en el Registro de la Propiedad, RGD, mayo 1995, págs. 4721 y ss.

170. YSAS I SOLANES, María: Denegación de la inscripción de una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras. Principio de especialidad, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 835 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994.

171. ZURILLA CARIÑANA, M.^a Angeles: Determinación de la aplicabilidad de la normativa sobre propiedad horizontal a un inmueble constituido por cuatro plantas perfectamente delimitadas y con salida a un elemento común. No existencia de estatutos ni de título constitutivo, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 887 y ss.

Comentario a la STS de 15 de marzo de 1994.

6. DERECHO DE FAMILIA

172. ALFONSO RODRIGUEZ, Elvira: La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, Actualidad Civil, núm. 17, 1995, págs. 317 y ss.

173. BAYOD LOPEZ, M.^a del Carmen: La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: «¿Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?», RJNav, núm. 17, 1994, págs. 11 y ss.

174. BAYOD LOPEZ, M.^a del Carmen: Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 129 y ss.

175. BENAVENTE MOREDA, Pilar: Comunidad postganacial. Deuda contraída por el cónyuge sobreviviente una vez disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del otro. Embargo de bienes de la comunidad hereditaria. Tercería de dominio interpuesta por los comuneros no deudores, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 859 y ss.

Comentario a la STS de 14 de marzo de 1994.

176. CANTERO NUÑEZ, Federico J.: Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho, RDP, marzo 1995, págs. 219 y ss.

177. DOMINGO AZNAR, Antonio: Reflexiones sobre el Decreto 103/1994, de 10 de junio, por el que se regulan los procedimientos y registros

de la adopción y de las formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, RGD, mayo 1995, págs. 4775 y ss.

178. DURAN RIVACOBRA, Ramón: Nulidad canónica del matrimonio. Eficacia civil: alcance del juicio de homologación. Declaración de mala fe de uno de los contrayentes. Efectos sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 47 y ss.

Comentario a la STS de 1 de julio de 1994.

179. FERNANDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: Adquisiciones gananciales a título gratuito, Actualidad Civil, núm. 23, 1995, págs. 467 y ss.

180. FERNANDEZ-CORONADO GONZALEZ, Ana: La eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, y su adecuación a los principios constitucionales (A propósito de la STC 328/1993, de 8 de noviembre), DPC, núm. 3, 1995, págs. 343 y ss.

181. HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: El deber de indemnizar por declaración de nulidad de matrimonio, Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 271 y ss.

182. HIJAS FERNANDEZ, Eduardo: Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales), Actualidad Civil, núm. 2, 1995, págs. 35 y ss.

183. HUALDE MANSO, Teresa: Prestación de alimentos. Necesidad de demandar a todos los obligados dentro del mismo grado. Litisconsorcio pasivo necesario, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 981 y ss.

Comentario a la STS de 12 de abril de 1994.

184. LLEDO YAGÜE, Francisco: Uniones de hecho. Relaciones «more uxorio». Situación jurídica de las convivencias paramatrimoniales, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 347 y ss.

Comentario a la STS de 20 de octubre de 1994.

185. LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: La aportación de un bien a la sociedad conyugal, RDP, enero 1995, págs. 29 y ss.

186. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Carmen: El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor, RGD, enero-febrero 1995, págs. 31 y ss.

187. MARTINELL, Josep M.^a: Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación, RJC, núm. 1, 1995, págs. 75 y ss.

188. MORENO VERDEJO, Jaime: Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales, RGD, diciembre 1994, págs. 12543 y ss.

189. MUÑIZ ESPADA, Esther: La sanción del art. 111 n.º 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica, RJN, núm. 10, 1994, págs. 119 y ss.

190. **MUÑIZ ESPADA, Esther:** Acción pidiendo que conviva con el tutor un incapacitado, auxilio de la autoridad, reconvencción y remoción de la tutela, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 369 y ss.

Comentario a la STS de 27 de octubre de 1994.

191. **NAVAS NAVARRO, Susana:** La norma protectora de los terceros en casos de insolvencia de uno de los cónyuges en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (El artículo 18.2 de la Ley 8/1993 de relaciones patrimoniales entre cónyuges en Cataluña y el artículo 1442 del Código Civil), RGD, marzo 1995, págs. 1577 y ss.

192. **OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio:** La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal, Poder Judicial, núm. 36, 1994, págs. 107 y ss.

193. **ONECHA Y SANTA MARIA, Carlos:** La igualdad de los cónyuges en derechos y deberes, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 339 y ss.

194. **QUICIOS MOLINA, M.^a Susana:** Filiación matrimonial: impugnación del reconocimiento que la determinó por herederos del progenitor; negativa a someterse a pruebas biológicas. Desheredación por injurias graves, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 873 y ss.

Comentario a la STS de 14 de marzo de 1994.

195. **RALLO LOMBARTE, Artemi:** Uniones conyugales de hecho y Constitución (La necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional), RGD, marzo 1995, págs. 1759 y ss.

196. **RUBIDO DE LA TORRE, José Luis:** La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa, RGD, mayo 1995, págs. 4837 y ss.

197. **RUIZ RICO, Juan:** La indemnización por nulidad del matrimonio. Fundamento, presupuestos y alcance, Poder Judicial, núm. 36, 1994, págs. 203 y ss.

198. **SALANOVA VILLANUEVA, Marta:** Aproximación al derecho de visita, Actualidad Civil, núm. 24, 1995, págs. 485 y ss.

199. **SEISDEDOS MUIÑO, Ana:** Privación de la patria potestad: audiencia del menor; ejercicio de la patria potestad en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1175 y ss.

Comentario a la STS de 25 de junio de 1994.

200. **VALPUESTA FERNANDEZ, M.^a del Rosario:** Causa de separación: malos tratos de obra, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 361 y ss.

Comentario a la STS de 21 de octubre de 1994.

7. DERECHO DE SUCESIONES

201. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** La llamada aceptación «entendida» a beneficio de inventario, *Actualidad Civil*, núm. 14, 1995, págs. 265 y ss.

202. **ASUA GONZALEZ, Clara Isabel:** Interpretación del testamento; fideicomiso de residuo «si aliquid supererit»; facultades del fiduciario; subrogación real; carácter condicional del llamamiento fideicomisario, *CCJC*, núm. 37, 1995, págs. 131 y ss.

Comentario a la STS de 22 de julio de 1994.

203. **ESPIAU ESPIAU, Santiago:** Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo vidual, *RJC*, núm. 3, 1995, págs. 593 y ss.

204. **GALVAN GALLEGOS, Angela:** Los plazos para repudiar la herencia, *Actualidad Civil*, núm. 20, 1995, págs. 369 y ss.

205. **GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel:** Donación «mortis causa»; equiparación al legado. Revocación del legado por enajenación posterior de la cosa legada: expropiación forzosa; subrogación real. Pago del legado, *CCJC*, núm. 36, 1994, págs. 1135 y ss.

Comentario a la STS de 13 de junio de 1994.

206. **LOPEZ Y LOPEZ, Angel, M.:** La garantía institucional de la herencia, *DPC*, núm. 3, 1995, págs. 29 y ss.

207. **PEREZ DE CASTRO, Nazareth:** Defensor judicial en partición hereditaria con menores, *CCJC*, núm. 36, 1994, págs. 829 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994.

208. **POVEDA BERNAL, Margarita Isabel:** Los artículos 820-2.^o, 887 y 891 del Código Civil: posible concurrencia e incompatibilidad, *RDP*, junio 1995, págs. 538 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

209. **BOET SERRA, Elena:** Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal, *RDM*, núm. 213, págs. 505 y ss.

210. **BOTANA AGRA, M.:** Las deslegitimaciones del Tribunal Supremo sobre la legitimación para el ejercicio de la acción de caducidad del registro de la marca por falta de uso. Comentario a la STS (Sala I.a) de 5 de abril de 1994, *La Ley*, 1994-4, págs. 419 y ss.

211. **BOTIJA, M.A.:** Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa, *La Ley*, 1994-3, págs. 951 y ss.

212. DIAZ GOMEZ, M.^a Angustias: La individualización del empresario social a través de la denominación. Análisis de los requisitos comunes a todas la denominaciones sociales con especial referencia al de novedad o disponibilidad, RDS, núm. 4, 1995, págs. 99 y ss.

213. DIAZ RUIZ, Emilio: Competencia desleal a través de la publicidad comparativa, RDM, núm. 215, 1995, págs. 59 y ss.

214. HERAS LORENZO, Tomás de las: Marcas: caducidad por falta de uso. Legitimación activa, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 935 y ss.

Comentario a la STS de 5 de abril de 1994.

215. JOLIET, R.: Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, RGD, enero-febrero 1995, págs. 493 y ss.

216. LEMA DEVESA, Carlos y GOMEZ MONTERO, Jesús: Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena, Actualidad Civil, núm. 31, 1995, págs. 643 y ss.

217. LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: Modificaciones que se deberán introducir en la Ley de Marcas como consecuencia de la futura ratificación del Tratado O.M.P.I. sobre Derecho de marcas: la cesión de marcas, RDP, julio-agosto 1995, págs. 664 y ss.

218. PORTO REY, Enrique: Algunas observaciones a las recomendaciones del Tribunal de la competencia y de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo, RDU, núm. 143, 1995, págs. 55 y ss.

219. RUBIDO DE LA TORRE, J.L. y SOBREMONTTE ANDRES, B.: El tratamiento de la marca en el tráfico jurídico mercantil, La Ley, 1994-3, págs. 871 y ss.

220. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: La libertad de empresa en la Constitución Económica española: especial referencia al principio de la libre competencia, RDM, núm. 215, 1995, págs. 223 y ss.

221. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: La revocación del auditor de cuentas en la sociedad anónima, RDS, núm. 2, 1994, págs. 53 y ss.

222. TATO PLAZA, Anxo: Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa, La Ley, 1994-3, págs. 988 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

223. ALBELLA AMIGO, Sebastián: La OPA de modificación de estatutos en el Real Decreto 1197/1991, RDBB, núm. 57, 1995, págs. 55 y ss.

224. ALCOVER GARAU, Guillermo: La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la S.A. y el principio mayoritario en el funcionamiento de la Junta General de accionistas, RDS, núm. 2, 1994, págs. 83 y ss.

225. ALONSO ESPINOSA, Francisco José: La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. Aspectos generales, RDS, núm. 4, 1995, págs. 15 y ss.

226. BELLOCH JULBE, José Félix: La emisión de obligaciones y otros títulos con garantía hipotecaria, A.A.M.N., Tomo XXXIX, págs. 169 y ss.

El trabajo se ocupa, en primer lugar, de los conceptos básicos de «valor negociable», «emisión» e «hipoteca en garantía de Títulos transmisibles por endoso y al portador». Posteriormente aborda el procedimiento de emisión de valores negociables así como las normas que lo regulan, tanto desde la óptica de la legislación especial del Mercado de Valores (fundamentalmente, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y el R.D. 291/1992, de 27 de marzo, sobre Emisiones y Ofertas Públicas de Venta de Valores), cuanto de la normativa jurídico-societaria. Por último, se hace una somera referencia a la emisión, por personas físicas, de valores con garantía hipotecaria, cuestión ésta de la que se ocupa el art. 26 del citado R.D. 291/1992.

227. CABANAS TREJO, R., CALAVIA, J.M. y MACHADO PLAZAS, J.: El Régimen Jurídico de la disolución, liquidación y extinción en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, JRN, núm. 11, 1994, págs. 9 y ss.

228. CERDA ALBERO, Fernando: Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, RDM, núm. 214, 1994, págs. 925 y ss.

229. DOMINGUEZ GARCIA, Manuel Antonio: Acciones y obligaciones representadas mediante anotaciones en cuenta y aspectos dogmáticos y de régimen jurídico, RDS, núm. 4, 1995, págs. 149 y ss.

230. DUQUE DOMINGUEZA, Justino F.: Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría, RDS, núm. 1, 1993, págs. 61 y ss.

231. EMBID IRUJO, José Miguel: Exclusión unilateral de socios en la sociedad de responsabilidad limitada. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 4 de marzo de 1993, La Ley, 1994-3, págs. 359 y ss.

232. EMBID IRUJO, José Miguel: La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español), RDM, núm. 214, 1994, págs. 913 y ss.

233. EMBID IRUJO, José Miguel: Significado jurídico de la sociedad en formación. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 23 de diciembre de 1992, La Ley, 1994-4, págs. 271 y ss.

234. FERNANDEZ DEL POZO, Luis Fernando: Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (art. 81 LSA), RDS, núm. 3, 1994, págs. 169 y ss.

235. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: Un primer estudio sobre el nuevo régimen legal y estatutario de transmisión de las participaciones

sociales. Examen de los artículos 26 a 34 de la nueva Ley, RCDI, núm. 628, 1995, págs. 873 y ss.

236. FLORES DOÑA, M.^a de la Sierra: La suspensión del ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones sujetas al deber de información, RDS, núm. 4, 1995, págs. 190 y ss.

237. FONT I RIBAS, Antonio: Régimen de legitimación de las acciones en sus distintas modalidades de representación, RDM, núm. 214, 1994, págs. 873 y ss.

238. FRADEJAS RUEDA, Olga M.^a: La disolución de la sociedad anónima como consecuencia de la paralización de los órganos sociales, RDS, núm. 3, 1994, págs. 99 y ss.

239. GARCIA VILLAVERDE, Rafael: El régimen jurídico del capital en las «Sociedades Anónimas Deportivas», RDS, núm. 1, 1993, págs. 115 y ss.

240. GARCIA-MORENO GONZALO, José M.^a: Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas, RDS, núm. 4, 1995, págs. 73 y ss.

241. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: La cooptación del artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas, La Ley, 1994-4, págs. 1090 y ss.

242. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: La distribución de dividendos en la sociedad anónima, La Ley, 1995-1, págs. 992 y ss.

243. GIRON TENA, José: Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima, RDS, núm. 1, 1993, págs. 9 y ss.

244. GOMEZ PORRUA, Manuel: Sociedades Anónimas: Impugnación de acuerdos sociales. Plazo de convocatoria a Junta y cómputo del mismo, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 921 y ss.

Comentario a la STS de 29 de marzo de 1994.

245. ILLESCAS ORTIZ, Rafael: La sociedad anónima de objeto plural, A.A.M.N., Tomo XXXIV, págs. 105 y ss.

246. JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J.: Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDM, núm. 214, 1994, págs. 799 y ss.

247. JUSTE MENCIA, Javier: La solicitud de convocatoria de la junta general extraordinaria por accionistas que representen el 5% del capital social, RDS, núm. 4, 1995, págs. 31 y ss.

248. LLAVERO, Marta: Aspectos conflictivos en la responsabilidad personal de los administradores de una sociedad anónima, La Ley, 1994-3, págs. 795 y ss.

249. LLOBREGAT HURTADO, M.^a Luisa: La reforma de la legislación cooperativa, RDS, núm. 2, 1994, págs. 146 y ss.

250. MARINA GARCIA-TUÑÓN, Angel: Una aproximación al análisis régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA, RDS, núm. 3, 1994, págs. 53 y ss.

251. MASSAGUER, José: La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, RGD, diciembre 1994, págs. 12959 y ss.

252. OLEO BANET, Fernando: Aproximación a la caracterización jurídica de la Sociedad de Garantía Recíproca en la Ley de 11 de marzo de 1994, RDM, núm. 213, 1994, págs. 413 y ss.

253. OLIVENCIA, Manuel: Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima, RGD, diciembre 1994, págs. 12833 y ss.

254. OTXOA ERRARTE, Rosa: La participación de los socios de la S.R.L. en la gestión de la sociedad, RDS, núm. 2, 1994, págs. 101 y ss.

255. PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: Sociedades Anónimas. Disolución judicial de la sociedad por paralización de los órganos sociales que impide la formación de la voluntad social; «quorum» estatutario reforzado que por desavenencias entre los socios imposibilita la constitución de la Junta general y posterior adopción del acuerdo disolutorio, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1117 y ss.

Comentario a la STS de 10 de junio de 1994.

256. PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: Sociedades Anónimas Laborales: enajenación forzosa de las acciones reservadas a los trabajadores que han sido despedidos de la sociedad anónima laboral; requisitos para la válida transmisión de acciones laborales correspondientes a socios despedidos, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 19 y ss.

Comentario a la STS de 3 de junio de 1994.

257. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando: La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, RDS, núm. 1, 1993, págs. 91 y ss.

258. ROJO, Angel: La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativa, RGD, diciembre 1994, págs. 12877 y ss.

259. SANCHEZ CALERO, Fernando: La nacionalidad de la Sociedad Anónima, RDS, núm. 1, 1993, págs. 45 y ss.

260. SANCHEZ CALERO, Fernando: Insuficiencia del capital social y postergación legal de los créditos, A.A.M.N., Tomo XXXIV, págs. 141 y ss.

261. SANCHEZ RUS, Heliodoro: La sociedad de un solo socio, RDP, diciembre 1994, págs. 12911 y ss.

262. SANCHEZ RUS, Heliodoro: Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima, RCDI, núm. 628, 1995, págs. 829 y ss.

263. **SANTOS BRIZ, Jaime: Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles, RDP, abril 1995, págs. 315 y ss.**

264. **SELVA SANCHEZ, Luis M.: Disposiciones Transitorias, Adicionales, Derogatorias y Finales del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (I) y (II), RDP, enero 1995, págs. 3 y ss., y febrero 1995, págs. 115 y ss.**

265. **SEQUEIRA MARTIN, Adolfo: Las participaciones privilegiadas en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDS, núm. 3, 1994, págs. 35 y ss.**

266. **VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo M.^a: Irrevocabilidad, modificación y cese de los efectos de la OPA, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 871 y ss.**

267. **VAZQUEZ CUETO, Carlos: Sociedades Anónimas. Conflicto de identidad de denominaciones. Preferencia y cancelación de inscripciones, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 113 y ss.**

Comentario a la STS de 21 de julio de 1994.

268. **VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: Acciones propias e igualdad de los accionistas (Cuestiones de Derecho de Sociedades y de Derecho de Mercado de Valores), RDS, núm. 2, 1994, págs. 9 y ss.**

269. **YANES YANES, Pedro: La designación de auditores de cuentas por los administradores de la sociedad anónima, RDS, núm. 4, 1995, págs. 174 y ss.**

270. **ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: Inscripción de la escritura otorgada por los dos administradores mancomunados de una sociedad anónima por la que se nombran recíprocamente apoderados solidarios de la misma sociedad, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 199 y ss.**

Comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 1994.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

271. **ADELL, Jorge: Técnicas financieras utilizadas en el mercado de capitales internacional, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 989 y ss.**

272. **ALVAREZ-VALDES Y VALDES, Manuel: Síntesis histórica de la normativa jurídica española sobre la banca privada, RDBB, núm. 57, 1995, págs. 73 y ss.**

273. **ARROYO MENA, C. y ESTEVEZ JIMENO, A.D.: Requisitos de la certificación del corredor respecto de pólizas de crédito, La Ley, 1995-1, págs. 893 y ss.**

274. **BOLDO RODA, Carmen: La venta de productos de consumo en entidades financieras, Actualidad Civil, núm. 18, 1995, págs. 333 y ss.**

275. CALLE RODRIGUEZ, M.^a Victoria: Bancos y Fundaciones, Actualidad Civil, núm. 22, 1995, págs. 451 y ss.

276. GARRIDO PASTOR, José G.: La publicidad financiera y bancaria como publicidad informativa, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 925 y ss.

277. PALLARES AYALA, P.: Acuerdos interbancarios y Derecho de la competencia de la CE: una aproximación, RGD, enero-febrero 1995, págs. 561 y ss.

278. RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: Naturaleza documental de la póliza intervenida (I), La Ley, 1995-1, págs. 903 y ss.; y (II), págs. 1022 y ss.

279. STAMPA BRAUN, José M.^a: Sobre la fe pública extrajudicial de los Corredores de Comercio y la falsedad documental ideológica, La Ley, 1995-1, págs. 1050 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

280. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: Observaciones críticas (al Proyecto de La Ley de Crédito al Consumo), RDBB, núm. 56, 1994, págs. 1031 y ss.

281. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo, RGD, marzo 1995, págs. 2195 y ss.

282. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: Leasing o arrendamiento financiero: inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad sin que haya tenido acceso al mismo el contrato de arrendamiento financiero, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 37 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1994.

283. CACHON BLANCO, José Enrique: Aproximación al marco jurídico de las relaciones de liquidez del mercado de valores y, en particular, el contrato bursátil de liquidez, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 967 y ss.

284. DIEZ CLAVERO, José: Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 545 y ss.

285. DUQUE DOMINGUEZ, Justino, F.: La introducción en España del Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, RDM, núm. 215, 1995, págs. 177 y ss.

286. FRAGUAS GADEA, Lourdes: El arbitraje de consumo, La Ley, 1994-4, págs. 1022 y ss.

287. GOMEZ MENDOZA, María: Cancelación de una tarjeta de crédito sin justa causa (Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994), RDBB, núm. 57, 1995, págs. 153 y ss.

288. IGLESIAS PRADA, Juan Luis: La duración del cargo de auditor. Consideraciones críticas, RDS, núm. 3, 1994, págs. 11 y ss.

289. MARTINEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio: Aspectos informativos y de transparencia de la contratación bancaria, RGD, mayo 1995, págs. 4745 y ss.

290. PANIAGUA ZURERA, Manuel: Cooperativismo y defensa del consumidor, RDM, núm. 213, 1994, págs. 575 y ss.

291. PETIT LAVALL, M.^a Victoria: El deber de diligencia del banco en el contrato de descuento. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 22 de diciembre de 1992, La Ley, 1994-4, págs. 241 y ss.

292. RECALDE CASTELLS, Andrés: La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera (CMR), RGD, marzo 1995, págs. 2229 y ss.

293. RECALDE CASTELLS, Andrés: Cuestiones en materia de electrónica y de documentación en los créditos documentarios, RDM, núm. 214, 1995, págs. 7 y ss.

294. ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico, RDBB, núm. 56, 1994, págs. 825 y ss.

5. TITULOS VALORES, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

295. AGRAMUNT HERRAEZ, Inmaculada, I.: Las pólizas como títulos ejecutivos. Algunas reflexiones sobre el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Diferencias entre las pólizas de crédito y las de préstamo, RGD, diciembre 1994, págs. 12551 y ss.

296. AURIOLES MARTIN, Adolfo: Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito, RGD, marzo 1995, págs. 1611 y ss.

297. EIZAGUIRRE, José M.^a de: La opción por el concepto amplio de título-valor, RDBB, núm. 57, 1995, págs. 9 y ss.

298. GUILLEN SORIA, José Miguel: La admisión de la demanda en los juicios ejecutivos cambiarios, La Ley, 1994-4, págs. 1027 y ss.

299. SARAZA JIMENA, Rafael: El pagaré en blanco emitido por entidades bancarias para ejecutar pólizas de préstamo y crédito: la necesidad de evitar la generalización de un fraude de ley, La Ley, 1994-4, págs. 1014 y ss.

6. DERECHO CONCURSAL

300. BISBAL, Joaquim: La insoportable levedad del Derecho concursal, RDM, núm. 214, 1994, págs. 843 y ss.

301. DIAZ MARQUINA, Carlos: Aspectos procesales, sobre acciones judiciales contra compañías de seguros en situación de insolvencia, La Ley, 1995-1, págs. 849 y ss.

302. GOZALO LOPEZ, Vicente: La reforma del Derecho concursal alemán, RDM, núm. 215, 1995, págs. 211 y ss.

303. HERNANDEZ GIL, Félix: La apertura y el contenido de la pieza de calificación en la suspensión de pagos, La Ley, 1995-1, págs. 803 y ss.

304. MARIN LOPEZ, Enrique: Responsabilidad de los interventores en las suspensiones de pagos, RJN, núm. 11, 1994, págs. 285 y ss.

305. VACAS MEDINA, Luis: Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal, La Ley, 1995-1, págs. 940 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

306. BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: Competencias de las Comunidades Autónomas en la regulación del régimen del suelo urbano, DPC, núm. 2, 1994, págs. 252 y ss.

307. COMISION DE EXPERTOS SOBRE URBANISMO: Recomendaciones de avance normativo y políticas de suelo, RDU, núm. 143, 1995, págs. 11 y ss.

308. CORRAL DUEÑAS, Francisco: La aportación registral al urbanismo, RCDI, núm. 627, 1995, págs. 561 y ss.

309. ESTEVEZ GOYTRE, Ricardo: La obligación municipal de contribuir al costeamiento de las cargas de urbanización: evolución histórica y régimen actual, RDU, núm. 141, 1995, págs. 61 y ss.

310. FERNANDEZ CANO, Antonio: La ocupación directa de terrenos para dotaciones urbanísticas (Continuación), RDU, núm. 141, 1995, págs. 13 y ss.

311. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: La nueva normativa de valoración de los bienes inmuebles en el mercado hipotecario, RDU, núm. 142, 1995, págs. 113 y ss.

312. FERNANDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando: La concurrencia y diferenciación de incumplimientos de deberes en el sistema de compensación en relación con la extinción del derecho a urbanizar: sus efectos, RDU, núm. 142, 1995, págs. 43 y ss.

313. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Las recomendaciones de avance normativo y políticas del suelo» de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo. Análisis de las conclusiones presentadas, RDU, núm. 143, 1995, págs. 71 y ss.

314. GUTIERREZ COLOMINA, Venancio: Un enfoque positivo del suelo no urbanizable y urbanizable no programado, RDU, núm. 142, 1995, págs. 63 y ss.

315. LLISSET BORRELL, Francisco: La publicidad de las normas de los planes urbanísticos, cuestión no resuelta, RDU, núm. 142, 1995, págs. 97 y ss.

316. MARIN MARTINEZ, Jesús: Problemática de la determinación del valor inicial y del valor urbanístico, RDU, núm. 141, 1995, págs. 97 y ss.

317. MARTINEZ GARCIA, Silvestre: La expropiación en el Texto Refundido en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, RDU, núm. 142, 1995, págs. 23 y ss.

318. MARTINEZ-CARDOS RUIZ, José Leandro: Un caso de extralimitación en la potestad refundidora: la revisión de oficio de acuerdos municipales por subrogación en materia urbanística, RDU, núm. 142, 1995, págs. 13 y ss.

319. MENENDEZ REXACH, Angel: La propiedad en la nueva Ley del Suelo, DPC, núm. 3, 1995, págs. 63 y ss.

320. PAREJO ALFONSO, Luciano: El significado de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del Derecho urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística, RDU, núm. 143, 1995, págs. 107 y ss.

321. POU VIVER, Tomás: Informe sobre las segregaciones municipales, RDU, núm. 143, 1995, págs. 89 y ss.

322. RAMIREZ SANCHEZ, Jesús M.^a: La Ley Foral 7/89 de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda, tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, RJNav, núm. 16, 1993, págs. 177 y ss.

323. TEJEDOR BIELSA, Julio César: Un método peculiar de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas: integración y valoración de los bienes públicos, RDU, núm. 141, 1995, págs. 71 y ss.

324. VILLALBA CASAS, Juan José: *Publicación y entrada en vigor de las normas urbanísticas, La Ley, 1994-3, págs. 944 y ss.*

IV. DERECHO COMUNITARIO

325. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Los litigios transfronterizos: notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único europeo, Actualidad Civil, núm. 3, 1995, págs. 59 y ss.*

326. EMPARANZA, Alberto: *La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, RDM, núm. 213, 1994, págs. 461 y ss.*

327. GILIBANÉZ, José Luis: *El control por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las leyes que vulneran el Derecho comunitario, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 107 y ss.*

328. LARA AGUADO, Angeles: *Incidencia del Derecho Comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho Internacional Privado, RDP, julio-agosto 1995, págs. 671 y ss.*

329. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando: *La fe pública y la Unión Europea, La Ley, 1995-1, págs. 1093 y ss.*

330. SARAZA JIMENA, Rafael: *La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso «Faccini»: la eficacia directa de las Directivas no traspuestas en las relaciones entre particulares, Actualidad Civil, núm. 5, 1995, págs. 101 y ss.*

Comentario a la sentencia del T.J.C.E. de 14 de julio de 1994, resolviendo una cuestión prejudicial sobre interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

La cuestión fundamental que aborda esta sentencia es la de la eficacia de las normas de una Directiva comunitaria no desarrollada por el Estado destinatario en su Derecho interno, dentro del plazo concedido por la propia Directiva, cuando la misma es invocada en un litigio que se sigue entre particulares.

También se pronuncia el T.J.C.E., de un modo incidental, acerca de la función de los jueces nacionales como garantes del derecho del particular a obtener la reparación del daño en caso de responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de trasposición, dentro de plazo, de la Directiva.

331. SOLER MASOTA, P.: *Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia, RGD, enero-febrero 1995, págs. 575 y ss.*

V. DERECHO PROCESAL

332. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 21 y ss.

333. BARRON DE BENITO, José Luis: El depósito para recurrir contra la sentencia de instancia en el juicio verbal civil de tráfico. Consideración crítica de dos contradictorias resoluciones del Tribunal Constitucional, Actualidad Civil, núm. 19, 1995, págs. 345 y ss.

334. BENITO ALONSO, Francisco: La ampliación de la ejecución, La Ley, 1994-3, págs. 881 y ss.

335. BLANCO MARTIN, Pilar: El litisconsorcio pasivo necesario y el procedimiento de menor cuantía, La Ley, 1995-1, págs. 998 y ss.

336. BONET NAVARRO, Angel: Acción de nulidad de actuaciones del proceso de ejecución hipotecaria. Posibilidad y eficacia del allanamiento. Congruencia de la sentencia: libertad del Juez. Planteamiento de la nulidad de actuaciones por falta de notificaciones extrajudicial y judicial. La indefensión como requisito necesario para declarar la nulidad de actuaciones por prescindir total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento. Principios procesales de conservación de los actos procesales y de economía procesal, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 101 y ss.

Comentario a la STS de 19 de julio de 1994.

337. FRAGA MANDIAN, Antonio: El artículo 1435, párrafo último de la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 1994-3, págs. 983 y ss.

338. GARBERILLOBREGAT, José: Apreciación judicial de oficio del litisconsorcio pasivo necesario. Posibilidad de subsanar el defecto litisconsorcial en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 1145 y ss.

Comentario a la STS de 18 de junio de 1994.

339. GOMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: El remedio o mal llamado recurso de aclaración de las resoluciones judiciales. Estudio sistemático del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 119 y ss.

340. GONZALEZ CANO, Isabel: Las reformas introducidas en el procedimiento de apremio por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 69 y ss.

341. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: Designación de Magistrado suplente como Ponente. Omisión de la notificación al respecto. Cambio de ponente sin notificarlo a las partes. Tacha de parcialidad del Tribunal de apelación. Cuestión nueva en casación. Denegación

en segunda instancia de pruebas admitidas y no practicadas en primera instancia, CCJC, núm. 37, 1995, págs. 249 y ss.

Comentario a la STS de 1 de octubre de 1994.

342. IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio: Algunas consideraciones sobre la condena en costas en los procedimientos declarativos ordinarios, Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 241 y ss.

343. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 13 de noviembre de 1983, Poder Judicial, núm. 34, 1994, págs. 179 y ss.

344. MARMOL BRIS, M.^a Socorro: Depósitos judiciales y servicios de depósito, La Ley, 1994-4, págs. 1080 y ss.

345. MARTIN CONTRERAS, Luis: La comparecencia previa en el procedimiento de menor cuantía. Especial referencia a los Juzgados de Madrid, Poder Judicial, núm. 35, 1994, págs. 215 y ss.

346. MUÑOZ JIMENEZ, Francisco Javier: La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de revisión en materia civil, Actualidad Civil, núm. 4, 1995, págs. 79 y ss.

347. PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: Falta de legitimación activa del actor o, en su caso, de litisconsorcio activo necesario. Inadecuación del procedimiento. Infracción del artículo 9 del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, CCJC, núm. 36, 1994, págs. 895 y ss.

Comentario a la STS de 18 de marzo de 1994.

348. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: La incidencia de la rebeldía en el juicio ejecutivo, la mención pagaré en el título configurado como tal y la estimación de oficio de los motivos de nulidad en los juicios ejecutivos. Comentario a la SAP Oviedo de 13 de abril de 1994, La Ley, 1994-3, págs. 255 y ss.

349. RUIZ COLOME, M.^a Angeles: La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional, DPC, núm. 2, 1994, págs. 369 y ss.

350. SALA SANCHEZ, Pascual: El principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, A.A.M.N., Tomo XXXIV, págs. 7 y ss.

351. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: La actividad del órgano judicial ante la interpretación de los principios constitucionales del proceso civil, RJC, núm. 3, 1995, págs. 729 y ss.

352. YLLESCAS MELENDO, Rafael: El principio «iura novit curia» y la posición del abogado en el proceso, La Ley, 1994-3, págs. 826 y ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJNav	Revista Jurídica de Navarra

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

Sentencias

A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS
Colaboran: Marc CAMPO ARAGONÈS
Ramón CASAS VALLÈS
Isabel MIRALLES GONZÁLEZ
Mònica VILASAU SOLANA

1. STC 4/1994, de 17 de enero. BOE de 17 de febrero

RA

Ponente: Díaz Eimil

Estimado parcialmente

Conceptos: Derecho a la tutela judicial e incongruencia omisiva. Pe-

niciones alternativas. Pensión compensatoria. Compensación económica

Preceptos de referencia: Arts. 24.1 CE y 97 y 1438 CC

El presente recurso de amparo tiene como punto de partida un juicio de divorcio promovido por el marido en el que la mujer inserta en su contestación a la demanda dos pretensiones alternativas: la primera, fundada en el art. 1438 CC, dirigida a obtener a cargo del marido una compensación económica y la segunda, amparada en el art. 97 CC, en la que solicita una pensión mensual en concepto de pensión compensatoria. El Juez de 1.^a Instancia después de declarar inaplicable, por razones de foralidad, el art. 1438 CC, estima parcialmente la 1.^a de las pretensiones, concediendo a la mujer una cantidad en concepto de compensación económica, cuya procedencia fundamenta en el art. 97 CC en relación con el 103.4 CC. Recurrida dicha sentencia por el marido, la Audiencia considera que los arts. aplicados (art. 97 y 98 CC) permiten fijar una pensión compensatoria periódica, pero no sustituirla por la entrega de un capital, por lo que deja sin efecto la indemnización acordada en la sentencia apelada. Por otro lado, y pese a entender que sería de aplicación al caso el art. 1438 CC, la Sala considera que por tratarse de una cuestión ajena al recurso de apelación planteado (dado que la sentencia impugnada no se había fundamentado en dicho precepto), no procede que se le dé aplicación. La recurrente en amparo alega que el fallo de la Audiencia contraviene el art. 24.1 CE ya que el Tribunal de apelación no queda constreñido a analizar la conve-

nencia al caso de las normas jurídicas invocadas por las partes o aplicadas por el juzgador de primera instancia. Asimismo la recurrente en amparo señala que la jurisdicción en segunda instancia abarca la totalidad del asunto en la forma en que se planteó en la primera instancia; en consecuencia, desestimada la petición formulada como principal, es forzoso entrar a resolver la alternativa.

El TC destaca, en relación con el vicio de incongruencia, que el derecho a la tutela judicial obliga a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas (FJ 2). En cuanto a las pretensiones formuladas en el presente caso, sólo una de ellas (indemnización) ha sido objeto de resolución expresa (pese a que pueda discreparse de la fundamentación de las sentencias) mientras que la otra (pensión) no lo ha sido. Respecto a ésta última pretensión, el silencio del Juez de 1.^a Instancia no comporta violación del art. 24 CE en la medida que al formularse las pretensiones de forma alternativa, la estimación de la primera privaba de virtualidad a la segunda. Por el contrario, la falta de pronunciamiento de la Audiencia se produce a pesar de que la desestimación de la pretensión de compensación le imponía de manera inexcusable el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión formulada y al no proceder así quebrantó el derecho a la tutela judicial de la recurrente. Esa omisión de pronunciamiento no puede interpretarse como desestimación tácita, ni puede considerarse que la resolución de esta segunda pretensión pueda constituir incongruencia extra petitum, puesto que, en el caso contemplado, tal pretensión forma parte del objeto de la apelación (FJ 4).

2. STC 5/1994 , de 17 de enero. BOE de 17 de febrero

RA

Ponente: Cruz Villalón

Desestimado

Conceptos: Principio de igualdad en relación a discriminación por razón de sexo en pensiones complementarias

Preceptos de referencia: Art. 14 CE

El recurrente de amparo solicitó prestación complementaria de viudedad a una mutualidad, petición que le fue denegada ya que no concurrían en él los requisitos exigidos al viudo (hombre) por el art. 39.2 del reglamento de la mutualidad. Interpuesta demanda ante Magistratura, la misma fue estimada. Se consideró que el precepto era discriminatorio por razón de sexo en la medida que si quien solicitaba la pensión era una viuda no existía ningún tipo de condicionante a la percepción de la misma. La mutualidad recurrió la sentencia y el TSJ estimó el recurso. Contra esta resolución se interpone recurso de amparo ya que se considera violado el art. 14 CE en la medida que para conceder la pensión al viudo deben cumplirse unos requisitos adicionales.

El TC recuerda que en la STC 49/1990 se estableció que la invocada doctrina igualitaria no alcanza por igual a las prestaciones complementarias, asumidas voluntariamente, por entender que están regidas por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas (FJ 3). En definitiva, donde no cabe ningún tipo de discriminación es en las pensiones de nivel mínimo exigible, que son de carácter general y obligatorio. Sin embargo,

en el caso enjuiciado, «la prestación de viudedad otorgada por la mutualidad aparece comprendida dentro de las prestaciones complementarias de dicho mutualismo, en cuanto excede de la acción protectora pública garantizada por el régimen respectivo de la Seguridad Social pública y aunque la afiliación fuere obligatoria por un residuo histórico, lo cierto es que los mutualistas pudieron causar baja en ella». En consecuencia, por tratarse de una pensión complementaria asumida de forma voluntaria queda sometida al juego de las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, sin que pueda exigirse el mismo trato indiferenciado que el que el régimen público de la Seguridad Social está obligado a dispensar (FJ 4). Por lo tanto, los diferentes requisitos exigidos para el varón en el art. 39.2 no constituyen una discriminación constitucionalmente prohibida.

3. STC 7/1994, de 17 de enero. BOE de 17 de febrero

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (voto particular de Cruz Villalón)

Estimado

Conceptos: Principio de igualdad. Derecho a la integridad física. Derecho al honor y a la intimidad personal. Derecho a la tutela judicial. Protección de los hijos e investigación de la paternidad. Colaboración procesal en relación a las pruebas biológicas.

Preceptos de referencia: Arts. 14, 15, 18, 24.1, 39 y 118 CE; arts. 127 y 135 CC

Se interpone recurso de amparo contra sentencia del TS que casó el fallo de una Audiencia declaratorio de la paternidad extramatrimonial del demandado. El núcleo de la controversia gira en torno a la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica decretada y en concreto sobre la distinta valoración de dicha negativa efectuada por los Tribunales. La Audiencia consideró que la oposición del demandado, unida a otras pruebas, permitía alcanzar la convicción de que éste era el progenitor. Por contra, el TS estimó que en ausencia de dichas pruebas biológicas la paternidad no quedaba probada.

La recurrente considera violado el art. 14 CE en la medida que, en casos sustancialmente iguales, se ha considerado que la negativa a someterse a la prueba biológica suponía una *ficta confessio*. Asimismo, se ha permitido que prevalezca una discriminación por razón del nacimiento no matrimonial. También se alega la conculcación de los arts. 15 y 18 CE en la medida en que se da primacía al ejercicio antisocial de un derecho frente a los derechos de filiación y de personalidad del hijo. Finalmente, se aduce violación del art. 24.1 CE ya que la sentencia ha sumido en indefensión a las actoras. El demandado por su parte estima que su negativa a someterse a las pruebas biológicas se ampara en los arts. 15 y 18 CE.

La primera cuestión que se plantea el TC es la valoración de los derechos fundamentales alegados por el demandado. La negativa de éste a someterse a la prueba decretada se ampara en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal. Sin embargo, considera el TC que el derecho a la integridad física «no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judi-

cial en el seno de un proceso». En cuanto al derecho a la intimidad personal, éste no resulta violado cuando «se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y maternidad mediante pruebas biológicas». En definitiva, en los procesos de filiación, ante la colisión de determinados derechos fundamentales de las partes confrontadas, no hay duda de que prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad y en las que están en juego los derechos del hijo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial (FJ 2).

El aspecto decisivo no es el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica, sino el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba. La resolución judicial que ordena practicar una prueba de estas características no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, si reúne una serie de requisitos. 1) No debe tratarse de una intromisión que por sí misma sea inaceptable, característica que, según el TC no puede predicarse de la extracción de sangre. 2) Debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. El art. 39.2 CE da cobertura a la práctica de dichas pruebas, cuya finalidad es la defensa de los intereses del hijo, destacando el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica. 3) Sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos y cuando la evidencia sobre la paternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física. 4) En ningún caso puede el juez disponer la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien deba soportarla un grave riesgo para su salud. 5) La medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe realizar una valoración entre la intromisión que la práctica de las mismas comporta y la finalidad a la que sirven, ponderación que debe plasmarse en la decisión judicial (FJ 3).

Desde estas coordenadas, el demandado en un proceso de filiación sólo podría legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o bien pudiera existir un grave quebranto para su salud. A fin de salvaguardar el derecho de no verse sometido a demandas frívolas la Ley establece algunas limitaciones, como son la exigencia de un principio de prueba y la procedencia de las pruebas biológicas únicamente cuando las mismas sean pertinentes y útiles. De esta manera, su práctica sólo se admite cuando resulten del todo necesarias para esclarecer una paternidad posible. Ahora bien. *«una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica»*. Y ello no sólo en base al deber de prestar la colaboración requerida por los Tribunales (art. 118 CE), sino también en base al deber que se deriva del art. 39.3 CE de velar por los hijos independientemente de cuál sea su filiación (FJ 4).

La segunda cuestión que se plantea el TC es la ponderación de los efectos que ha tenido la valoración judicial de la negativa del varón. Ésta no era lícita en la medida en que existían razones que justificaban la decisión judicial de someterse a la misma. El TS estima que no puede imponerse obligatoriamente el sometimiento a la prueba ya que podría comportar una violación del art. 10 CE. Considera además que dicha negativa no puede reputarse como una *ficta*

confessio ya que para poder declarar la paternidad sería precisa la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas. Ante esta decisión, la recurrente en amparo alega que, al proceder de este modo, se ha producido una situación de indefensión y se ha burlado el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la filiación (ex. art. 39.2 CE). Por ello se pretende que se anule la sentencia del TS y se deje firme la de la Audiencia (FJ 5).

Estima el TC que cuando la pretensión de reconocimiento de filiación no resulta probada por otros medios ni carece de toda verosimilitud, la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En estos casos, «no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación». Es preciso tener en cuenta que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes ésta debe aportar los datos precisos a fin de que el órgano judicial pueda decidir (STC 227/91). La STS, al reconocer un supuesto derecho del demandado a no someterse a las pruebas biológicas, ha sumido a la recurrente en amparo en una situación de indefensión, contraria al art. 24.1 CE en la medida que ha hecho recaer sobre ésta última las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de dicha prueba cuando la actora carecía de otra vía para acreditar la filiación controvertida (FJ 6).

En el presente caso, la tutela judicial en lo referente a la actividad probatoria exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en el presente supuesto, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión. También debe tenerse en cuenta que la infracción constitucional se ve agravada por el hecho que se dejan sin tutela los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 CE y se desconoce el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable (FJ 7).

La necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones aconseja perfilar el fallo de tal modo que se anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Claramente este defecto se hace patente en la resolución del TS impugnada, no así en la de la Audiencia, que dio adecuada respuesta, con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado (FJ 8). En consecuencia, el TC reconoce el derecho del demandado a la tutela judicial efectiva sin indefensión y anula la STS con la consiguiente firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial. El Magistrado que formula el voto particular únicamente discrepa del alcance del amparo otorgado. Estima que debería haberse anulado las tres resoluciones judiciales, a fin de que se procediera a la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia. En relación a esta STC véase los comentarios de F. RIVERO HERNANDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación (comentario a la STC 7/1994, de 17 de enero)», PJ, n.º 33, 1994, pp. 349 y ss; y C. QUESADA GONZA-

LEZ, «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la STC 7/1994, de 17 de enero», RJC, n.º 3, 1994, pp. 657 y ss.

4. STC 41/1994, de 15 de febrero. BOE de 17 de marzo

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Conceptos: Derecho al honor. Libertad de información en relación a transcripción en un diario de declaraciones acusatorias de un tercero. Reproducción de manifestaciones de terceros frente a informaciones asumidas como propias. ¿Deber de exigir la rectificación?

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE; art. 7.7 LO 1/1982

Un miembro de un determinado colectivo realizó unas manifestaciones en las que imputaba a uno de los responsables de la conservación de un parque nacional la caza furtiva de un jabalí. Interpuesta demanda de tutela del derecho al honor por el destinatario de las afirmaciones, en las resoluciones recaídas se sostuvo que las declaraciones efectuadas se basaban en imputaciones falsas. El TS, casando la sentencia de la Audiencia, hizo extensiva la condena a los profesionales que intervinieron en la divulgación de la información y al propio medio informativo, ya que consideraba que habían cometido una intromisión ilegítima (art. 7.7 LO 1/1982) en el derecho al honor del responsable del parque. Señalaba el TS que el medio informativo como medio difusor de la intromisión ilegítima, tiene la obligación ineludible de investigar la veracidad de las imputaciones que lleguen a su conocimiento antes de publicar denuncias falsas. Los profesionales condenados interponen recurso de amparo contra la sentencia del TS ya que consideran lesionado su derecho a comunicar libremente información veraz ex. art. 20.1.d) CE. También estiman vulnerado el art. 24.1 CE en relación con la imposición de costas, pero el TC rechaza este extremo como cuestión de legalidad ordinaria (FJ 2).

El TC recuerda que el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor (ex. art. 7.7 LO 1/1982) debe ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido esencial del derecho a difundir información. Para ello debe tenerse en cuenta: 1) El interés y relevancia de la información divulgada, exigencia que concurre en el presente caso según el TC y así lo han reconocido los órganos judiciales. 2) Necesidad de que la información sea veraz. Señala el TC que veracidad no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, sino exigencia de una especial diligencia en la búsqueda de la verdad. Es precisamente en relación a la veracidad de la noticia donde se centra el debate en este caso (FJ 3).

El TC entra a analizar este último aspecto y señala que el problema consiste en decidir si la veracidad ex. art. 20 CE se refiere al hecho mismo de las declaraciones o debe extenderse también al contenido mismo de éstas. El TC constata que las informaciones objeto de la reclamación contenían las declaraciones hechas por miembros concretos de un colectivo, identificados como tales y transcritas literalmente, entrecomilladas, sin añadirse valoración alguna. En consecuencia, el medio ha asumido una mera función de cauce para exteriorizar una discrepancia existente, sin hacer propia la información (FJ 4).

El TC establece que *«no puede ser equivalente la diligencia exigible en casos como el presente de información neutra de manifestaciones de otro,*

que la que se impone en la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia». La diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias. La exigencia del control del fundamento de la información proporcionada provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia. Asimismo, el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que «también abarca a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos». Todas estas circunstancias concurrían en el presente caso (FJ 5).

Sin embargo, el respeto al honor, como derecho fundamental, impone al medio la específica obligación de permanecer accesible a la persona o personas afectadas por las manifestaciones presuntamente injuriosas, para que a su vez puedan hacer públicas las alegaciones que estimen convenientes para desmentir los hechos o para defender su buena fama. El derecho al honor de un determinado sujeto, entre otros aspectos, le proporciona métodos para garantizar su respeto, pese a lo cual no consta que el medio informativo se negase a rectificar la información. En consecuencia, el TC declara que los recurrentes no han ejercitado de forma abusiva ni ilegítima el derecho a difundir información veraz, por lo que procede a estimarse el amparo solicitado (FJ 7).

5. STC 54/1994, de 24 de febrero. BOE de 17 de marzo

CI

Ponente: Díaz Eimil

Desestimada

Conceptos: Principio de igualdad. Derecho a la tutela judicial efectiva en relación a retracto de copropietario

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 24 CE; art. 1524.1 CC

Se plantea cuestión de constitucionalidad en relación al art. 1524.1 CC en la medida en que la brevedad del plazo para ejercer el derecho de retracto (9 días), unido al hecho de que comience a contar con la inscripción en el Registro y no con el efectivo conocimiento de la compraventa, convierte en ilusorio el ejercicio de aquel derecho, ya que obligaría a consultar con una alta periodicidad el Registro. Por todas estas razones se alega que el precepto cuestionado podría vulnerar el art. 24.1 CE así como el art. 14 CE, en la medida en que el régimen en él establecido es distinto del concedido por la Ley a otros retrayentes, lo que supone un trato discriminatorio.

El TC analiza en primer lugar la posible contradicción del precepto cuestionado con el art. 24.1 CE. Reitera que el contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva es obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, que puede resultar de inadmisión cuando concorra una causa legalmente prevista. El derecho a la tutela judicial efectiva es, pues, un derecho a accionar, a acceder a los órganos judiciales y obtener de éstos una resolución; es, por consiguiente, un derecho procesal. Queda claro, sin embargo, que ninguna vulneración de ese derecho se ha producido en el caso que dio lugar a la presente cuestión, pues el inicialmente demandante obtuvo una resolución judicial motivada (FJ 2). «Difícilmente hubiera podido producirse tal vulnera-

ción, pues el ejercicio del derecho de retracto en modo alguno se configura como un requisito para obtener, precisamente, la tutela judicial efectiva: el establecido en el art. 1524 CC es un plazo para el ejercicio de un derecho, el de retracto, legalmente reconocido, cosa bien diferente de los requisitos que el legislador pueda establecer al configurar el acceso a la tutela judicial efectiva». El derecho de retracto regulado en los art. 1521 y ss. CC es un derecho de carácter sustantivo, naturaleza que también cabe predicar del plazo que para el ejercicio de ese derecho se prevé en el art. 1524 CC. Este plazo no tiene de ningún modo relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada. En consecuencia, ninguna relación existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, y el precepto controvertido, que regula un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos (FJ 2).

En cuanto a la posible contravención del art. 14 CE, el TC señala que el término de comparación utilizado en el auto de planteamiento de la cuestión no es pertinente. En primer lugar, el artículo controvertido regula los supuestos generales revistiendo los que se utilizan como término de comparación un carácter especial. En segundo lugar, las especialidades que se toman como término de comparación están debidamente justificadas por las circunstancias que en ellas concurren (FJ 3).

6. STC 55/1994, de 24 de febrero. BOE de 17 de marzo

CI

Ponente: De Mendizábal Allende

Desestimada

Conceptos: Principio de igualdad y protección de la infancia en relación a prohibición de seguro de vida sobre menores de catorce años

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 39.4 CE; art. 83.4 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad relativa a la prohibición de contratar seguros para caso de muerte sobre menores de catorce años de edad o de incapacitados, que se contiene en el art. 83.4 de la Ley 50/1980 reguladora del Contrato de Seguro. El trasfondo de la cuestión es privar de respaldo legal a la simétrica cláusula contractual de inserción obligatoria en los seguros de vida y de accidentes. Se considera que tal precepto vulnera el art. 14 CE.

En cuanto a las personas posiblemente discriminadas, el TC señala que la prohibición legal no establece un régimen especial para los menores de catorce años y los incapaces en su perjuicio, sino que en realidad afecta a los potenciales beneficiarios de las pólizas. Queda entonces por ver si la diferenciación selectiva en razón de la edad del asegurado tiene una justificación objetiva y razonable o carece de ella. Estima el TC que la razón de la medida se halla más *«en el propio individuo que en las circunstancias sociales y tiene que ver directamente con el proceso de maduración de la personalidad»*. Surge así una función tuitiva de este grupo de personas, acorde con el art. 9.2 CE y que es una manifestación del mandato contenido en el art. 39.4 CE. Considera el TC que la prohibición cuestionada encuentra su fundamento en la esencial debilidad o fragilidad de la infancia, inherente a su inma-

durez, que hace precaria su seguridad. Es evidente que los sujetos contemplados en la prohibición resultan más vulnerables en muchos aspectos y por ello son necesitados de cuidados especiales que la sociedad y las leyes encomiendan a los mayores. Esta circunstancia les convierte en un blanco fácil de agresiones por distintos motivos, incluido el que podría constituir la apetencia de cobrar el seguro sobre su cabeza. En consecuencia, la prohibición legal presenta una justificación tan objetiva como razonable. Señala además el TC que el límite de edad fijado en el precepto cuestionado entra dentro de un margen de flexibilidad que ha de serle permitido al legislador en función de las circunstancias (FJ 2).

En cuanto a los intentos de demostrar la innecesariedad de la prohibición ya que existen en la propia LCS otros dos artículos que responden a la misma finalidad (arts. 83.2 y 92) el TC recuerda que estos preceptos cumplen funciones muy distintas al cuestionado y su coexistencia no resulta redundante. El primero de ellos contempla el supuesto en que el tomador del seguro y el asegurado para el caso de muerte fueran distintos y exige el consentimiento del último o de su representante legal si fuere menor de edad pero mayor de catorce años. El segundo precepto priva del derecho al cobro del seguro de vida cuando la muerte del asegurado hubiere sido causada dolosamente por el asegurado. En definitiva, a juicio del TC es claro que el art. 83.4 no presenta faceta alguna que le haga merecedor de un juicio adverso de constitucionalidad (FJ 3).

7. STC 57/1994, de 28 de febrero. BOE de 24 de marzo

RA

Ponente: González Campos

Estimado

Conceptos: Dignidad de la persona. Prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. Derecho a la intimidad personal. Derechos fundamentales del condenado a prisión en relación a registros personales de reclusos

Preceptos de referencia: Arts. 10.1, 15, 18.1 y 25.2 CE

El demandante de amparo se hallaba internado en un centro penitenciario. En el registro que le fue realizado después de una comunicación especial se le ordenó desnudarse completamente ante un funcionario y realizar flexiones. Como consecuencia de desobedecer dichas órdenes le fueron impuestas dos sanciones disciplinarias que fueron recurridas ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria que únicamente redujo la sanción. Los presentes recursos de amparo impugnan, de una parte, las resoluciones administrativas que impusieron las sanciones y, de otra parte, los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. A las resoluciones mencionadas se les reprocha la violación de los arts. 10.1 en relación con el art. 15 CE y el art. 18.1 CE, en la medida en que las órdenes cuya desobediencia motivó las sanciones constituyen un trato vejatorio y degradante y vulneran el derecho a la intimidad personal. Además se estima que las resoluciones judiciales violan el art. 24.1 CE en cuanto habrían incurrido en vicio de incongruencia omisiva.

El TC antes de analizar la pretensión de amparo, realiza unas consideraciones previas. Señala que si bien el art. 10.1 CE ha sido puesto en relación con el art. 15, cabe destacar que debe rechazarse el contraste aislado de las re-

soluciones administrativas que se impugnan con lo dispuesto en el art. 10.1 CE, ya que no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo. También pone de manifiesto que entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas surge una relación especial de sujeción que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos. De este entramado destaca por un lado la obligación esencial de la institución penitenciaria de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro; de otro el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento. La retención y custodia de los internos constituye, por tanto, una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad (FJ 3).

El TC procede a analizar si las órdenes impartidas son contrarias a los arts. 15 y 18.1 CE. Si bien estos derechos se hallan estrechamente relacionados, el TC analiza por separado una y otra queja. En primer lugar se centra en la posible contravención del art. 15 CE. Ha quedado establecido que en relación al ámbito penitenciario, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena (STC 65/1986, FJ 4, con remisión a doctrina del TEDH).

Del análisis de las circunstancias del caso se desprende que: el contenido de la orden no entrañaba contacto corporal alguno, el local donde se practicaron no era accesible a terceros, y no parece que la duración ni el número de las flexiones pudieran causar un sufrimiento. En consecuencia el TC estima que dicha orden no constituía un trato prohibido por el art. 15 CE, y desestima, por este motivo, la queja del recurrente de amparo (FJ 4).

El TC examina a continuación si la orden impartida vulnera el art. 18.1 CE. De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado el TC, la intimidad corporal. Los reclusos, por la situación en que se encuentran pueden ver reducida su intimidad, pudiéndose autorizar muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Pero *«ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere»* (FJ 5).

Las órdenes impartidas tenían como finalidad velar por el orden y la seguridad del establecimiento, evitando la introducción de objetos peligrosos. Sin embargo, para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, no es suficiente hacer valer un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración. Es preciso analizar si una medida como la impugnada se halla justificada y si cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone. Es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Sin embargo, declara el TC que *«para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, pues es preciso cohesionarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte la grave-*

dad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger».

La Administración debería haber fundamentado la medida adoptada y ponderar los derechos en colisión, lo que no se ha realizado. Es más, ni la situación existente en el centro penitenciario ni la conducta del recluso han sido acreditadas ni aún invocadas para fundamentar la medida adoptada. No puede considerarse como justificación de la misma la simple alegación de que las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes (FJ 6).

El TC también analiza si la medida es conforme con el art. 18.1 CE en razón de los medios utilizados. El TC contesta negativamente este extremo en la medida en que: 1) No se desprende que el examen se hubiera llevado a cabo por personal adecuado para tal finalidad. 2) Por el hecho de hallarse el cuerpo en movimiento (realizar flexiones) y por la posición que debía adoptar el recluso respecto de quien impartió la orden, el TC declara que ésta entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento. En consecuencia se concluye que la medida adoptada no es conforme al art. 18 CE (FJ 7).

La apreciación precedente sólo se refiere a la medida objeto de la queja formulada, ello no excluye que la Administración penitenciaria, en correspondencia a su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles posteriores a las comunicaciones íntimas, si están debidamente justificados, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos, y además, por los medios utilizados no produzcan una afectación de los derechos fundamentales, en particular de los reconocidos en los arts. 15 y 18 CE. (FJ 8). El TC estima el amparo, reconoce el derecho del recurrente a la intimidad personal y anula las resoluciones administrativas y judiciales.

8. STC 63/1994 , de 28 de febrero. BOE de 24 de marzo

RA

Ponente: García-Mon y González-Regueral

Desestimado

Conceptos: Principio de igualdad y libertad religiosa en relación a carácter no contractual de actividad desempeñada por una religiosa para su congregación

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 16.1 CE

La demandante de amparo, una ex-religiosa, ejerció como maestra desde el año 1950-1971 en la Congregación a la que pertenecía. Al secularizarse, prestó determinados servicios permaneciendo dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde 1973 hasta 1990, fecha en la que solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida por el INSS en una cuantía equivalente al 64 por 100 de la base reguladora. En base al período de tiempo trabajado de religiosa como maestra en la congregación, reclamó un incremento del 100 por 100 de la base reguladora, lo que le fue desestimado por la Administración, ya que no había cotizado durante ese plazo. Interpuesta demanda,

el Juzgado de lo social desestimó la pretensión de la actora. La recurrente en amparo entiende que la referida sentencia vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y de libertad religiosa (art. 16 CE). La violación se habría producido porque se le ha privado, como consecuencia de ser religiosa, del derecho reconocido a otros trabajadores que desempeñaban una idéntica actividad docente en la etapa previa a su secularización. El derecho reclamado consiste en el cómputo, a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, del tiempo correspondiente en el que trabajó como profesora dentro de la congregación. La sentencia impugnada rechaza que haya discriminación porque no ha acreditado que, con anterioridad a 1973 existiera relación laboral o prestación de servicios por cuenta de empresario (FJ 1).

Se trata de determinar si la condición de religiosa de la recurrente exime o no a la comunidad de la obligación de afiliarla a la Seguridad Social y en primer lugar debe valorarse la posible existencia de una relación laboral entre la congregación y la recurrente (FJ 2).

El TC realiza unas consideraciones previas. En primer lugar, señala que debe tenerse en cuenta que cuando la actora pertenecía a la comunidad, la LGSS no incluía en su campo de aplicación a los religiosos que formaban parte de comunidades religiosas, ni obligaba a que éstas los afiliasen a la Seguridad Social. Actualmente, en virtud del RD 3325/1981, sí quedan comprendidos con carácter obligatorio en el régimen especial de la Seguridad Social. Señala en segundo lugar que, pese a invocarse el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE), en realidad lo único que procede analizar es una posible discriminación por motivos religiosos (FJ 3).

El TC manifiesta que evidentemente la cualidad de miembro de una orden religiosa no puede determinar la deslaboralización automática de la actividad profesional que presta, ni por consiguiente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social (FJ 4). Sin embargo, en cuanto a la relación existente entre la actora y la congregación a la que pertenecía, considera que no puede ser en modo alguno calificada como laboral ya que el trabajo realizado no era ajeno a los compromisos como profesora. Asimismo, la pertenencia a la comunidad suponía aceptar tareas no genuinamente religiosas, como la desempeñada. Si bien podía predicarse una situación de subordinación o dependencia respecto a la superiora del centro por motivos meramente organizativos, ello no convierte a la recurrente en trabajadora por cuenta ajena. En definitiva, su actividad *«estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la recurrente dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en fin, de una prestación en la que está por completo ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica»*. En consecuencia, la actora no se encontraba en la misma situación que sus compañeros seculares, aunque desempeñase actividad docente igual que ellos. Su no inclusión en el régimen general de la Seguridad Social no obedecía a motivos discriminatorios, sino al hecho que desarrollaba una actividad que caía fuera del ámbito del contrato de trabajo. En consecuencia, se procede a denegar el amparo solicitado (FJ 4).

9. STC 66/1994, de 28 de febrero. BOE de 24 de marzo**RA****Ponente: López Guerra****Desestimado****Conceptos: Principio de igualdad. Libertad ideológica. Derecho a contraer matrimonio. Todo ello en relación a improcedencia de pensión de viudedad para supérstite de unión de hecho****Preceptos de referencia: Arts. 14, 16.1 y 32.1 CE**

La recurrente de amparo, que había convivido con su pareja durante más de cincuenta años y de cuya unión tenían hijos, interpone recurso de amparo contra STS que le ha denegado una pensión de viudedad. Se alega la violación de los arts. 14 y 16.1 CE ya que si no contrajeron matrimonio fue por la ideología anarquista que profesaban, contraria a someter su relación al vínculo formal matrimonial. La ideología profesada, al tratarse de una convicción profunda e insuperable, constituía una circunstancia obstativa equiparable a las admitidas como tales por la jurisprudencia del TC. En consecuencia, la exigencia del vínculo matrimonial como requisito indispensable para acceder a la pensión de viudedad, suponía atentar contra su libertad ideológica (art. 16.1 CE).

El TC señala que desde la STC 184/1990 se ha afirmado que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad no pugna con el art. 14 CE, ya que el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica sin que éstas sean arbitrarias. Esta doctrina no debe considerarse alterada por la STC 222/1992 relativa a la cuestión de inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU (FJ 2).

En cuanto a la alegada violación del art. 16 CE, el TC establece que *«el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho»*. En definitiva, el derecho invocado no resulta violado por el hecho que la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad. El derecho a poder expresar y comportarse según las propias convicciones no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica. No es contrario a la Constitución que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiendo hacerlo a pesar de que se opongan razones ideológicas, objeción que no suple los requisitos legítimamente impuestos por el legislador (FJ 3).

También se invoca violación del art. 14 CE en relación con el 101 CC y la Disposición adicional décima, párrafo 5º, de la Lcy 30/1981. Se alega que si por vivir maritalmente se pierde un derecho a pensión, por ese mismo hecho se debería obtener otra. (Vid. sobre este problema STC 126/1994). El TC rechaza este motivo ya que se pretende la inconstitucionalidad de una norma jurídica a la que sólo entiende como ilógica o incoherente, discrepando de ella. Se pretende, en definitiva, sustituir la lógica empleada por el legislador por la suya propia, sin que aquélla incurra en violación alguna del art. 14 CE.

10. STC 89/1994, de 17 de marzo. BOE de 14 de abril**CCII****Ponente: López Guerra (Voto particular de Rodríguez Bereijo, al que se adhieren Cruz Villalón y Gabaldón López)****Desestimadas****Conceptos: Derecho de propiedad y función social de la misma. Libertad de empresa. Principio de igualdad. Todo ello en relación a prórroga forzosa de arrendamiento urbano****Preceptos de referencia: Arts. 33.1 y 2, 38 y 14 CE**

El art. 57 TRLAU de 1964 establecía la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario, del correspondiente contrato llegado el momento del vencimiento del mismo. Dicho precepto —y los concordantes— fueron impugnados por sendas cuestiones de inconstitucionalidad, ulteriormente acumuladas, que alegaron: a) **Vulneración del derecho de propiedad** (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE), por suponer aquellas normas una suerte de expropiación temporal y encubierta del derecho del propietario arrendador; y

b) **Conculcación del art. 14 CE**, al producirse un doble trato desigual: de los arrendadores anteriores al Decreto 2/85 (que excluyó la prórroga forzosa para los arrendamientos celebrados a partir de su promulgación), respecto a los que adquirieron tal condición con posterioridad, y, a su vez —extremo alegado por una sola de las cuestiones de inconstitucionalidad— del arrendador respecto al arrendatario, con claro trato privilegiado en favor del segundo.

El TC rechaza tales alegaciones, acudiendo a una línea argumental a la que se remiten expresamente las posteriores Sentencias 106 y 130/1994:

1.º En cuanto al derecho de propiedad (art. 33 CE), considera que su contenido esencial no se ve vulnerado por los artículos impugnados, pues la prórroga *per se* no origina un vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado: tal utilidad dependerá, en todo caso, de la efectiva aplicación de los mecanismos de actualización de las rentas (arts. 95 y ss. TRLAU), pero la eventual inconstitucionalidad de tales preceptos no ha sido planteada (FJ 5).

La prórroga forzosa —añade el TC— supone una restricción o limitación del derecho alegado, pero no una supresión del mismo, sino, en todo caso, una afectación de su contenido, por lo demás integrada dentro de las facultades del legislador y justificada por la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 CE, función aquí manifestada en preceptos como el art. 47 (derecho a disfrutar de una vivienda y deber de los poderes públicos de promover las condiciones para ello necesarias) y 39.1 CE (protección social, económica y jurídica de la familia, cuya estabilidad se tutela, en este caso, por medio de la continuidad del arrendamiento); análogamente, en el supuesto del arrendamiento de locales de negocio, la prórroga forzosa representa un favorecimiento del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 CE.

En relación a la posible vulneración de la libertad de empresa (art. 38 CE), recuerda el TC la doctrina sentada en la STC 37/1987, por la cual aquel derecho «no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimas derivadas de ésta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa» (FJ 6).

2.º En cuanto a la eventual discriminación de los arrendatarios anteriores al Decreto 2/85 respecto a los posteriores, indica el TC (FJ 7) que la invocada superación de las circunstancias históricas que dieron lugar a la prórroga forzosa, como posible motivo de suavización o supresión de tal restricción, es un elemento que sólo al legislador compete valorar, no reputándose inconstitucional (FJ 10) el hecho de que, a través de cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron, efecto que el art. 14 CE no impide, como tampoco exige en todo caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable (FFJJ 7 y 10).

La diferencia jurídica que nace del mantenimiento de la situación normativa *ex ante* —añade el TC— no puede tacharse, en sí misma, de discriminatoria, orientada como está a preservar la seguridad jurídica, siempre que no incurra en arbitrariedad (art. 9.3 CE), lo cual aquí no sucede: a la vista de la complejidad de los intereses en juego, la fórmula escogida para regular la sucesión normativa no resulta manifiestamente arbitraria, por cuanto el régimen establecido por aquel Decreto nace (según declara su misma Exposición de Motivos) con una clara vocación de transitoriedad (FJ 10).

Por último, conviene reseñar que, según el TC, no cabe considerar como términos apropiados de comparación, a los efectos del principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE, las figuras del arrendador y el arrendatario: ambos tienen, por definición, una diferente posición, determinada por la naturaleza del contrato de arrendamiento, no siendo posible derivar de aquel principio la exigencia de paridad plena de prestaciones en las obligaciones sinalagmáticas (FJ 8).

Subraya el voto particular, en cambio, que el contenido esencial del derecho de propiedad no se define únicamente por la función social de éste, sino también por la utilidad individual del propietario, no siendo admisible que el legislador ordinario delimite libérrimamente aquel contenido en atención únicamente del primero de los elementos reseñados.

El contrato de arrendamiento —se añade— constituye una unidad, y no cabe denegar el examen de los preceptos atinentes a los mecanismos de actualización de las rentas, acogiéndose al formalismo de que su eventual inconstitucionalidad no ha sido expresamente invocada, por cuanto una de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sugiere claramente la conexión entre el art. 57 TRLAU y los mencionados preceptos como causante de la congelación de las rentas.

Dicha congelación conlleva, siempre según el voto particular, el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso en ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, con lo cual se vulnera el art. 33 CE, al privarse de su derecho al titular sin que el legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico, el contenido esencial de la propiedad.

Por último, indica el repetido voto particular que la pervivencia de dos regímenes legales distintos, situación creada a raíz de la promulgación del Decreto 2/1985, resulta difícilmente justificable, por su irracionalidad y desproporción, desde la perspectiva de la igualdad ante la ley y el respeto al derecho de propiedad que la Constitución garantiza.

El problema del vaciamiento económico del derecho de propiedad y de la posible discriminación de los arrendadores se aborda, en términos muy parecidos, en las SSTC 106/1994, de 11 de abril, BOE de 17 de mayo, y 130/1994, de 9 de mayo, BOE de 13 de junio.

11. STC 94/1994, de 21 de marzo. BOE de 26 de abril**RA****Ponente: Díaz Eimil****Desestimado****Conceptos: Derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Libertad de información. Publicación de diversas versiones de un crimen.****Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE**

Se plantea recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Primera del TS que confirmaba las del Juzgado y la Audiencia, desestimatorias de la demanda por vulneración del derecho al honor formulada por el ahora recurrente en amparo; objeto de dicha demanda fue una información periodística que exponía las versiones existentes acerca de un crimen acaecido años antes, una de las cuales involucraba al recurrente en la comisión del delito.

Según declara el TC, la ponderación de los derechos en juego efectuada por los órganos judiciales resulta acorde con el contenido y valor que constitucionalmente corresponde a tales derechos. No hubo un ejercicio abusivo o desproporcionado del derecho a la información, aseveración que el TC basa en la valoración de los siguientes criterios (FJ 3): 1.^o El interés y la relevancia pública de la información publicada; 2.^o El carácter público y notorio de los hechos relatados, respecto a los cuales el autor del artículo se limita a ofrecer las versiones existentes, sin tomar partido por ninguna de ellas; y 3.^o La veracidad de la información acerca de la existencia y extremos de la versión que involucra al recurrente en amparo, desde el momento que la misma había aparecido reflejada ya en otros medios de comunicación. A la luz de lo dicho —declara el TC— las referencias al aludido sujeto no pueden reputarse innecesarias o irrelevantes en relación a la noticia, ni por su contenido y forma tienen una finalidad difamatoria y vejatoria.

12. STC 96/1994, de 21 de marzo. BOE de 26 de abril**RA****Ponente: González Campos****Desestimado****Conceptos: Derecho de asociación, en relación a control judicial de expulsión de socio cooperativista****Preceptos de referencia: Art. 22 CE**

Una Sociedad Cooperativa de viviendas acordó la expulsión de uno de sus socios, con la correlativa adjudicación del piso y anejos a otro socio. Ulteriormente anulados los acuerdos por los órganos jurisdiccionales, al considerar la conducta del expulsado como no constitutiva de falta grave, la mencionada Sociedad interpone recurso de amparo, alegando vulneración de su poder de autoorganización, elemento constitutivo del genérico derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, invocando a tal efecto la doctrina sentada en la STC 218/1988.

Esta última constriñe el control jurisdiccional a la constatación de la existencia de una base razonable para que los órganos de la asociación tomen la correspondiente decisión, reservando a tales órganos la valoración concreta de la conducta del socio. La STC 96/1994 no se aparta de este criterio —dis-

cutible, como alega el Ministerio Fiscal, por cuanto puede implicar una excesiva dependencia del socio respecto a la voluntad unilateral y la interpretación subjetiva de los repetidos órganos—, pero recuerda dos argumentos también contenidos en la antedicha STC 218/1988, que deben conducir a la inadmisión del recurso que se ventila:

1.^o La sujeción de la potestad organizativa a la Constitución y a las leyes que, respetando el contenido esencial del derecho de asociación, lo desarrollen o lo regulen, modulándose el alcance del control jurisdiccional según la modalidad asociativa de que se trate. Desde este punto de vista, la Sociedad recurrente no se halla sujeta a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones —que no contiene norma alguna acerca del régimen disciplinario sobre los asociados—, sino a la legislación específica de cooperativas, constituida en la actualidad básicamente por la Ley 3/1987, de 2 de Abril, General de Cooperativas, cuerpo legal que no limita el alcance del control de los acuerdos del ente por parte de los órganos judiciales (FJ 2).

2.^o La inaplicabilidad de la doctrina alegada por la recurrente a aquellos supuestos en los que, por la naturaleza del ente, la exclusión del mismo suponga un perjuicio significativo para el particular afectado. Aplicando tal criterio al caso que nos ocupa, indica el TC que la importancia del perjuicio económico irrogado justifica que los Tribunales ostenten una plena *cognitio* de los acuerdos sociales impugnados, como garantía última de la conformidad a los Estatutos y a la Ley de los acuerdos de la Sociedad Cooperativa (FJ 3).

13. STC 99/1994, 11 de abril. BOE de 17 de mayo

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Conceptos: Poder organizativo del empresario y derechos fundamentales del trabajador. Derecho a la imagen. Salvaguarda del anonimato

Preceptos de referencia: Arts. 10 y 18.1 CE; arts. 2.1 y 8.2.c) LO 1/82, de Protección civil del honor, intimidad e imagen

La Sentencia tiene por objeto una de esas situaciones, no infrecuentes, en las que las exigencias del poder organizativo del empresario topan con derechos fundamentales del trabajador. En este caso se trata de la propia imagen (art. 18.1 CE). La respuesta del TC es, como se verá, muy matizada, lo que obliga a advertir contra extrapolaciones apresuradas.

Los hechos son simples. Un *oficial de 2.^a deshuesador* se negó a lucir sus habilidades, como cortador de jamón, en un acto público destinado a presentar a los medios de comunicación y autoridades la denominación de origen del jamón de bellota. El trabajador no quería, bajo ningún concepto, que su imagen fuese captada fotográficamente, cosa que inevitablemente se habría producido si hubiese participado en el acto. La negativa dio lugar a su despido, que los tribunales consideraron procedente por entender aplicable el art. 8.2 LO 1/82 («*En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: [...] c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria*»). El mismo argumento emplearon,

para oponerse al amparo, la empresa y el Ministerio Fiscal (añadiendo éste algunas reflexiones sobre el carácter institucional del acto y «una cierta vertiente cultural», para invocar también, a contrario, el art. 7.6 LO 1/82).

El TC asume, como cuestión de legalidad ordinaria ya establecida por los Tribunales laborales, que la orden del empresario entraba dentro de las facultades directivas reconocidas por la Ley (es decir, que podía darla). Con esta premisa, el razonamiento que le lleva otorgar el amparo discurre por las siguientes afirmaciones, algunas de carácter general y otras referidas al caso concreto:

1.^a) El contrato de trabajo «no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano». Pero «no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos». Por ello «manifestaciones del ejercicio [de los derechos fundamentales] que en otro contexto serían legítimas, no lo son [...] en el marco de la relación laboral» (FJ 4).

2.^a) La dignidad de la persona (art. 10.1 CE) exige reconocerle y respetar una esfera de reserva. «Resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo» (FJ 5). El derecho a la propia imagen no comprende un derecho «incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda» (FJ 5).

3.^a) «La relación laboral [...] tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales». El marco de esa sumisión también depende de la voluntad del trabajador expresada en un contrato, por lo que «quien aceptó prestar tareas [que conllevan contacto con el público o son accesibles a él] no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización». Sin embargo, en el caso, «no consta que el trabajador, oficial de 2.^a deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto». No obstante, aún cabría restringir el derecho a la imagen del trabajador demostrando que se trataba de una exigencia ineludible de los «requerimientos organizativos de la empresa», es decir, «que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador —y no otro, o de otra manera— cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta» (FJ 7). El amparo, por tanto, no se otorga porque el derecho a la imagen del trabajador (contractualmente no obligado) deba prevalecer en todo caso, sino porque la empresa no demostró —ni los Tribunales apreciaron— que el sacrificio de tal derecho fuese «la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial» (FJ 7). Como había dicho el propio recurrente, «no ha existido la más mínima actividad dirigida [...] a determinar la relevancia del “intuitus personae” en el cumplimiento de la orden, ni [...] las circunstancias que hacían imprescindible la colaboración precisamente [de él]» (Ant. 3).

14. STC 102/1994, de 11 de abril. BOE de 17 de mayo

RA

Ponente: De Mendizábal Allende**Desestimado****Conceptos: Principio de legalidad. Imprudencia con infracción de reglamentos. Responsabilidad penal y «Lex Artis»****Preceptos de referencia: Art. 25.1 CE**

La Sentencia tiene su origen en la querrela interpuesta contra un médico a raíz de la muerte de un paciente por el olvido de una gasa tras una intervención quirúrgica. El médico fue condenado por imprudencia simple con infracción de reglamentos. En su demanda de amparo alegaba la infracción del principio de legalidad por no haberse citado el precepto reglamentario infringido. El TC rechaza la pretensión de dar a la palabra *reglamento* «una acepción equivalente a *producto de la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas*». «*Su significado es más amplio y comprende cualquier reglamentación o conjunto de reglas que configuren el ejercicio de una actividad determinada, escritas o no, obra del poder o de los ciudadanos (usos, costumbres, prácticas profesionales). En tal acervo tiene su asiento la "lex artis" a la cual, en el caso que nos ocupa, reenvía explícitamente la Audiencia Provincial*» (FJ 2).

15. STC 113/1994, 14 de abril. BOE de 17 de mayo

RA

Ponente: Cruz Villalón**Estimado, declarándose derogados, por inconstitucionalidad sobrevenida, los arts. 4.1 RD 1649/1977 y 4 y 5 D 477/1960****Conceptos: Libertad de asociación y adscripción obligatoria. Cámaras de la Propiedad Urbana****Preceptos de referencia: RD 1649/1977, D 477/1960 y arts. 22.1, 36 y 52 CE****STC 179/1994, de 16 de junio. BOE de 9 de julio**

CCII

Ponente: Díaz Eimil (Voto particular de Cruz Villalón y otros tres magistrados)**Estimadas parcialmente****Conceptos: Libertad de asociación y adscripción obligatoria. Cámaras de Comercio****Preceptos de referencia: Ley de 29 de Junio de 1911 y disposiciones concordantes**

Estas Sentencias vienen a sumarse a otras en las que el TC ya había abordado el problema de la adscripción obligatoria a entes de tipo corporativo. Entre ellas, las SSTC 67/1985 (Federaciones Deportivas) y 132 y 139/1989 (ambas sobre Cámaras Agrarias).

La primera de las dos decisiones que ahora nos ocupan —la STC 113/1994— se refiere a las Cámaras de la Propiedad Urbana, con relación a su anterior régimen legal, pues —como recuerda el TC (FJ 13)— diversas disposiciones posteriores suprimieron, sucesivamente, la cuota, la incorporación obligatoria y, por fin, la propia existencia de las Cámaras como corporaciones

de Derecho público (esta última previsión, sin embargo, ha sido objeto de un nuevo pronunciamiento —STC 178/1994, 16 de junio, *BOE* de 9 de julio— que ha apreciado su inconstitucionalidad, por haberse incluido en una Ley de Presupuestos Generales sin darse los requisitos para ello; sobre este punto —contenido mínimo imperativo y contenido posible de tal Ley— *vid.* también STC 195/1994 de 28 de junio, *BOE* de 26 de julio).

El rechazo de la adscripción obligatoria se basa en los siguientes argumentos:

1.^o) El derecho de asociación (art. 22.1 CE) incluye de forma general la llamada libertad negativa, aunque ésta sólo se proclame de forma expresa en materia sindical (art. 28.1 CE). Ello no obstante, está admitida la legitimidad de la llamada Administración corporativa (p.e. Colegios Profesionales, art. 36 CE), con relación a la cual es frecuente que la ley imponga la afiliación o incorporación. Se genera así *«cierto grado de tensión interpretativa en el interior de la Constitución, cuyos polos se sitúan en el principio general de libertad y en la libertad negativa de asociación (arts. 11 y 22 CE), por una parte, y en la previsión constitucional de estos grupos, auténticamente “bifrontes”, tal como resulta de diversos preceptos constitucionales (arts. 9.2, 36 y 52 CE)»* (FJ 9).

2.^o) Para establecer si *«una determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria»* respeta los principios constitucionales, ha de atenderse a *«tres criterios mínimos y fundamentales»*. Primero, *«no puede quedar afectada la libertad de asociación en su sentido originario, o positivo»*; en otras palabras, *«la adscripción obligatoria a una entidad corporativa no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente»*. Segundo, *«el recurso a esta forma de actuación administrativa que es, al propio tiempo y antes que nada, una forma de agrupación social creada «ex lege» incluida la previsión de adscripción forzosa, no puede ser convertida en regla sin alterar el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su origen político (art. 10.1 CE)»*. Tercero, *«la adscripción obligatoria a estas corporaciones públicas, en cuanto “tratamiento excepcional respecto del principio de libertad”, debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo»* (FJ 12, resumiendo y citando parcialmente la doctrina de las SSTC 67/1985, 132/1989 y 139/1989).

3.^o) El régimen legal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana objeto del recurso, no superaba ninguno de los tres controles. En primer lugar, por prever que las Cámaras *«ostentan la representación única y exclusiva de la propiedad urbana»*, lo que impediría la creación de otras asociaciones por parte de los propietarios (FJ 14). En segundo lugar, porque *«el encauzamiento a través de la figura de una Corporación de Derecho público de un interés social tan difuso hoy día [...] como lo es el de los propietarios de fincas urbanas, hace que esta opción deba ser vista como expresiva de una generalización de un modelo que sólo en cuanto puntual y particular puede ser considerado compatible con la Constitución»* (FJ 15).

En tercer lugar, porque falta toda justificación constitucional, directa o indirecta, para la adscripción obligatoria: las Cámaras no pueden ampararse en los arts. 36 (Colegios profesionales) o 52 CE (organizaciones profesionales), ni sus fines —que son de tipo sectorial (defensa de la propiedad urbana)— exigen tal expediente (FFJJ 16 y 17).

La segunda de las decisiones reseñadas —STC 179/1994— reproduce y aplica la doctrina anterior para declarar inconstitucional la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, prevista en la normativa anterior a la Ley 3/1993. En este caso, no obstante, discreparon cuatro magistrados, por considerar que tales Cámaras tenían claramente atribuidas funciones administrativas, a diferencia de lo que sucedía con las Agrarias (SSTC 132/1989 y 138/1989) y de la Propiedad (STC 113/1994). Con posterioridad, sobre el mismo tema (Cámaras de Comercio) se han dictado las SSTC 224, 225, 226, y 233/94, en las que el TC se remite a la doctrina de la STC 179/1994.

16. STC 117/1994, de 25 de abril. BOE de 31 de mayo

RA

Ponente: Gabaldón López

Desestimado

Conceptos: Derecho a la imagen. Contractualización de la imagen y revocación del consentimiento otorgado. Necesario ofrecimiento de garantías

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 CE y 2.3 LO 1/82, de Protección civil del honor, intimidad e imagen

Esta Sentencia aborda un problema de gran importancia teórica y práctica, objeto de defectuosa regulación en la LO 1/82. Los hechos, tal como se recogen en los Antecedentes, son los siguientes. La actriz Ana García Obregón, gratuitamente y mediante documento privado (28/1/1985), había reconocido a un fotógrafo italiano «*el pleno derecho a distribuir en todo el mundo con fines periodísticos*» una serie de fotografías de su persona, «*seleccionadas y aprobadas*» por ella misma. Posteriormente (10/9/1986), el fotógrafo cedió los derechos del reportaje por un millón de pesetas a «Editorial Origen, SA», para su publicación en la revista «Play Boy España». El 22/10/1986, la Sra. García Obregón comunicó notarialmente a «Editorial Origen» su total oposición a la publicación o cesión a terceros de las fotografías. El requerimiento se recibió «*veinte días antes de la tirada*» (St. de 1.^a Instancia), «*cuando estaba ya compuesta la revista, en fase avanzada de impresión y posterior distribución*» (St. de apelación). Pese a ello, las fotografías fueron publicadas. La Sra. García Obregón interpuso demanda en defensa de su intimidad, imagen y honor (esto último por los pies de foto, que juzgaba ofensivos), invocando el art. 2.3 LO 1/82 («*El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas*»). La demanda fue desestimada por entender el Juzgado, en primer lugar, que la revocación sólo tenía valor frente a aquél a quien se otorgó el consentimiento y no frente a terceros adquirentes de buena fe; y, en segundo, porque la demandante no ofreció indemnizar a la editora. La Sentencia asimismo rechazó la pretendida vulneración del honor, observando —como harían las instancias sucesivas— que los pies de foto eran los propios

del tipo de revista. El recurso de apelación también fue desestimado, al considerar la Audiencia que en la revocación cabía apreciar «una cierta retroactividad» y, sobre todo, que con ella se vulneraban las exigencias de la buena fe (vid. un comentario de esta Sentencia de R. CASAS, *PJ*, n.º 14, 1989, pp. 131 y ss.). Finalmente, fracasó también el recurso de casación. En su Sentencia (16/7/1990) el TS recurrió a argumentos ya empleados por el Juzgado y la Audiencia: irretroactividad de la revocación y la necesaria limitación de sus efectos al beneficiario directo de la autorización, con exclusión de terceros adquirentes de buena fe a título oneroso.

La recurrente en amparo consideraba que la cuestión de la revocabilidad del consentimiento y sus requisitos había sido eludida en perjuicio de sus derechos, y reclamaba «un tratamiento doctrinal» de la misma por parte del TC. La respuesta de éste —que concluye con la denegación del amparo— discurre por las siguientes afirmaciones:

1.^ª) Los efectos de la revocación no se limitan al primer beneficiario de la autorización o consentimiento, sino que se extienden «a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido» (FJ 5). Se restablece así la necesaria claridad en un punto que nunca debió estar sujeto a duda.

2.^ª) Asimismo se rechaza la tentación de excluir la revocabilidad cuando ha habido cesión contractual de derechos. Es cierto que, al poder convertirse la imagen —por voluntad de su titular— «en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial», pueden surgir dudas acerca de si los efectos de la revocación «se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad». Sin embargo, también el consentimiento otorgado contractualmente —el caso típico de artistas y profesionales del espectáculo— «podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado» (FJ 3).

3.^ª) Ahora bien, «en esos supuestos de cesión voluntaria [...] deberá atenderse a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias [del ejercicio de la revocación]» (FJ 3). Por tanto, el régimen de la revocación —pese al criticable silencio de la LO 1/82— varía en función de que haya habido o no una patrimonialización contractual de la imagen por parte del interesado.

Es esta última precisión la que da cobertura al rechazo del amparo. La existencia de una «autorización contractual que atribuyó a la imagen un valor patrimonial poniéndola en el comercio» obliga a tener en cuenta ciertos condicionamientos. Cuando menos, dice el TC: «acreditar algunas circunstancias como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea invalidatorio de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro [...] particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes» (FJ 6).

En el caso de la Sra. García Obregón estaba fuera de duda que la revocación procedía de quien debía y llegó, íntegra e indubitada, a quien debía. Parece asimismo que se produjo cuando el derecho cedido aún podía ejercitarse (no se había consumado la publicación y faltaba la difusión). Las dudas afectaban solo a los dos últimos condicionamientos aludidos por el TC. En primer lugar, ¿podía hablarse, en alguna medida, de retroactividad? En segundo, ¿debieron ofrecerse garantías —y de qué tipo— para revocar?

En cuanto la cuestión de la retroactividad, el TC mantiene la misma ambigüedad que las sentencias impugnadas, aceptando como razonable que la revocación no podía hacerse valer para impedir «*un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación y a su conocimiento por la editora y otras se hallaban en muy avanzado estado de ejecución*» (FJ 8). El argumento resulta más que discutible, por chocar frontalmente con la tajante expresión legal «*en cualquier momento*». Retirar las fotografías, aunque retrasara la publicación, era algo perfectamente posible. Además, la LO 1/82 dista mucho de considerar como indivisibles los distintos pasos del proceso que concluye en los quioscos de revistas. Por ello, no es aceptable que se intente apuntalar la argumentación afirmando que la culminación del proceso «*no determinaba en el derecho a la imagen de la recurrente una intromisión diferente de la que ya derivaba de su primitiva autorización*» (FJ 8).

El problema de fondo, el verdadero obstáculo para la eficacia inmediata del arrepentimiento, era su coste. Pero eso nada tiene que ver con pretendidas retroactividades, sino con lo que realmente constituye la *ratio decidendi* del caso: la falta de garantías de la indemnización de daños. La LO 1/82 obliga a indemnizar no sólo por los daños resultantes de la revocación sino incluso las «*expectativas justificadas*». Pero, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos (cfr. art 14.6.^o LPI, derecho moral de autor), sin carácter previo. Tal solución, como se decía en el comentario a la Sentencia de la Audiencia *supra* citado, «*no pasa de ser una mala coartada jurídica para justificar la imposición de un sacrificio del que el afectado nunca se va a resarcir*». Era necesario introducir criterios correctores en una Ley que fue incapaz de valorar y regular los aspectos patrimoniales de la imagen. La Audiencia lo hizo *ad casum*: sin alterar el art. 2.3 LO 1/82, acudió al gran arsenal del Título Preliminar del CC, recurriendo a la buena fe y al abuso de derecho para excluir la licitud de la revocación del consentimiento. El TC, en cambio, en su papel de colegislador, ha optado por dar una solución general por medio de una sentencia interpretativa. Cuando haya habido patrimonialización contractual de la imagen, el revocante, si no indemnizar *a priori*, sí deberá al menos «*ofrecer garantía suficiente de resarcimiento*» (FJ 7). Se legaliza así —por quien parece puede hacerlo— un requisito que ya había apuntado la Sentencia de primera instancia.

En cualquier caso, el régimen de la LO 1/82 sigue siendo defectuoso, tanto por lo que atañe al consentimiento (otorgamiento, alcance...), como a su revocación (causas, momento, condiciones...). La LPI sería un buen punto de referencia para una eventual reforma (*vid.* el comentario *supra* citado).

17. STC 126/1994, de 25 de abril. BOE de 31 de mayo

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Voto particular de Cruz Villalón)

Estimado

Conceptos: Pensión de viudedad y convivencia *«more uxorio»*
Preceptos de referencia: DA 10.^a Ley 30/1981 (modificación del CC, matrimonio, nulidad, separación y divorcio); arts. 101 CC y 24.1 CE

La recurrente, beneficiaria de una pensión de viudedad, convivió con otro hombre tras la muerte de su marido. Al fallecimiento del conviviente, solicitó nueva pensión de viudedad, que le fue denegada por falta de matrimonio. Al propio tiempo, el INSS la demandó, para retirarles la pensión de viudedad que percibía, en razón de la posterior convivencia marital con otra persona. La demanda del INSS fue estimada, quedando la afectada sin prestación alguna. Su petición de amparo, sin embargo, prosperó, al aceptar el TC que los tribunales habían aplicado arbitrariamente la regla 5.^a de la DA 10.^a de la Ley 30/81, que remite —en cuanto a la extinción de las excepcionales prestaciones reconocidas en ésta— a lo previsto en el art 101 CC para la pensión por desequilibrio (cese del derecho *«por vivir maritalmente con otra persona»*).

El TC recuerda que, tratándose de *«derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos»*, el legislador dispone de *«una amplia libertad de configuración»*, lo que incluye el rechazo de la convivencia *more uxorio* como determinante de pensión (FJ 5, con remisión a la STC 184/1990). No obstante, *«que sea constitucional la opción legislativa de exigir la convivencia matrimonial [...] no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley así lo establezca expresamente, la pérdida de un derecho a pensión causada en un anterior matrimonio, por una convivencia more uxorio tras el fallecimiento del anterior marido»* (FJ 5). En definitiva, el TC rechaza que el silencio de la normativa sobre Seguridad Social permita aplicar analógicamente a una pensión ordinaria de viudedad (como la disfrutada por la recurrente), una regla destinada a privar de las prestaciones excepcionalmente reconocidas por la DA 10.^a de la Ley 30/1981.

18. STC 128/1994, de 5 de mayo. BOE de 31 de mayo

CCII

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimadas

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Procedimiento especial. Igualdad
Preceptos de referencia: Arts. 33 a 36 de la Ley 2/12/1872, de creación del Banco Hipotecario de España (LBHE); arts. 10 a 13 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad (EOBH), aprobado por RD-Ley de 4/8/1928

La Sentencia resuelve una larga serie de Cuestiones de Inconstitucionalidad, planteadas casi en su totalidad por juzgados de Sevilla entre 1992 y 1994, en las que, tomando como referencia el procedimiento del art. 131 LH, se denunciaban —como contrarias al art. 14 CE— ciertas diferencias de trato en favor del Banco Hipotecario, resultantes de las normas cuestionadas.

En las Cuestiones, con argumentación sustancialmente coincidente, se hacía un análisis detallado de tales privilegios, cifrándolos en: falta de limita-

ción de los intereses garantizados en caso de transmisión de la finca; subrogación legal —no convencional— del adquirente «*en todas las obligaciones*» contraídas por el cedente en razón de la hipoteca y deber de notificar al Banco la adquisición en el plazo de quince días; la no previsión de notificaciones al último titular del dominio o posesión inscritos y titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca, con los consiguientes perjuicios para todos ellos; reducción de los plazos para pagar y, en su caso, celebrar la subasta; reducción de las causas de suspensión del procedimiento; y, en fin, posibilidad de alterar el fuero territorial, contra lo previsto en el art. 131.1.^o RH (DF 1.^a Ley 10/92).

El TC empieza por admitir como evidente el trato favorable dispensado al Banco Hipotecario por su normativa específica en relación con lo previsto para las demás entidades de crédito, con la consiguiente peor condición procesal de los deudores de dicho Banco. Por ello, antes de entrar en un análisis pormenorizado de las diferencias apuntadas, cree oportuno plantearse, con carácter general, si está justificado «*un procedimiento de ejecución especial, caracterizado por la atención singularizada a un determinado acreedor hipotecario*» (FJ 3, ult. pfo.). La respuesta que da la Sentencia es negativa.

Como subrayaba la primera de las Cuestiones acumuladas, el procedimiento de ejecución previsto en la normativa cuestionada nació cuando el Banco Hipotecario tenía la exclusiva en materia de préstamos hipotecarios. Esa exclusiva, sin embargo, hace tiempo que no la ostenta. De ahí que hoy ya no pueda mantenerse la justificación inicial del citado procedimiento, «*que, conviene reiterarlo, no era proteger los intereses de un determinado acreedor, sino [...] favorecer el crédito territorial como instrumento "útil para la propiedad y la riqueza en general"*» (FJ 5 pfo. 2.^o). Las especialidades tampoco pueden justificarse por el carácter público del Banco (que también ostentan otras entidades sujetas, sin embargo, al régimen general), ni por pretendidas finalidades específicas del mismo, en modo alguno existentes. Es evidente la aproximación normativa del régimen del repetido Banco al de las restantes entidades de crédito. Por todo ello, concluye el TC. «*no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario, puesto que dicho tratamiento sólo se vincula a la identidad del acreedor*». En resumen, el procedimiento de ejecución del Banco Hipotecario, que empezó siendo ordinario, habría acabado convertido en un instrumento «*particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor*» (FJ 5, pfo. 1.^o) y, como tal, en un privilegio contrario al principio de igualdad.

19. STC 136/1994, de 9 de mayo. BOE de 13 de junio

RA

Ponente: García-Mon y González Regueral

Estimado

Conceptos: Libertad de expresión y de información. Derecho al honor y posible desacato. Veracidad.

Preceptos de referencia: Art. 20.1.a) CE

Como consecuencia de unas declaraciones realizadas en la prensa, en las que un concejal acusaba de defraudación a la Hacienda pública y falsificación

de documentos a otro concejal, se siguió un procedimiento judicial por desacato. El acusador, que resultó condenado por la Audiencia provincial como autor de un delito de desacato del artículo 244 del Código Penal, presentó recurso de amparo por vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

La doctrina del TC sobre el conflicto o confrontación de derechos tutelables en materia de información, expresión y honor es suficientemente conocida. Si traemos a colación esta Sentencia es, precisamente, por coexistir junto a los citados derechos (libertad individual) otro derecho, quizá más institucional, protegido por el delito de desacato.

La legislación penal, ciertamente, otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato. No obstante, el TC ha declarado que *«el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del “animus iniuriandi” tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos [...], no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad»* (FJ 3).

Tratándose como se trataba de la acusación de haber sido sujeto activo de una conducta delictiva, realizada con ocasión del cargo público que ostentaba el acusado, el TC manifiesta que *«en la base de toda sociedad democrática está la información de una oposición pública, libre y plural que, en principio, y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al funcionamiento de las instituciones públicas»* (FJ 4). Por ello, aunque la propia resolución judicial impugnada exprese la existencia de algunas discrepancias, y que, por tanto, la información publicada no era totalmente exacta, no cabe impedir su calificación de veraz a efectos constitucionales. A juicio del TC *«existían unas irregularidades, y como tales fueron denunciadas. No hubo, pues, falta de diligencia ni la información se basó en meros rumores carentes de todo fundamento real»* (FJ 4).

Se trataba, pues, de un asunto de evidente interés público en el ámbito en el que se denunció. En estas circunstancias *«la posición prevalente de la libertad de expresión e información frente a otros bienes jurídicamente protegidos, como el principio de autoridad tutelado por el delito de desacato, es patente»* (FJ 5).

20. STC 146/1994, de 9 de mayo. BOE de 13 de junio

RRII

Ponente: Díaz Eimil

Estimados parcialmente (son declarados inconstitucionales y nulos los artículos 7.2 y 9.1.c) de la Ley 20/1989)

Conceptos: Derecho a la igualdad ante la ley. Principio de legalidad de penas y sanciones. Supresión de la responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar

Preceptos de referencia: Diversos preceptos de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas; arts. 14, 25.1 y 31.1 CE

Además de los preceptos legales antedichos, fue cuestionada la constitucionalidad del Real Decreto-ley 7/1989, de 23 de diciembre, de la Ley 5/1990, de 29 de junio, y del Decreto-ley 5/1990, de 20 de diciembre. Todo el resto fue desestimado.

Se incluye esta decisión del TC toda vez que en ella se hacen ciertas precisiones sobre el régimen de separación de bienes y el impuesto. Afirma el TC que *«Es preciso rechazar la pretendida discriminación de las unidades familiares acogidas al régimen económico matrimonial de separación respecto de las que se rigen por el de gananciales [...], si bien no resulta ocioso constatar que los regímenes de separación de bienes otorgan a cada cónyuge la plena titularidad de los bienes y derechos, mientras que los de comunidad, entre los que se incluye el de gananciales, implican una titularidad compartida respecto de los bienes comunes, lo cual lleva a que la capacidad económica resultante en cada una de esas dos clases de regímenes matrimoniales, medida en términos individuales, sea desigual en uno y otro caso y por ello que las diferencias que se produzcan, en este aspecto, entre ellos, puedan encontrar justificación en esta distinta configuración de la titularidad de los bienes y derechos que caracteriza a cada uno de los regímenes citados»* (FJ 5).

Otro punto importante lo constituye la declaración de la falta de solidaridad entre los miembros de la unidad familiar. Como se recordará, la norma establecía la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda pública. Como se especifica en la propia Sentencia, *«la dicción literal de este precepto [apartado 4 del artículo 31 de la Ley 44/1978, según redacción del artículo 7.2 de la Ley 20/1989] permite que la Administración se dirija para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo al miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que hayan generado la sanción, sino también a otros miembros que no hayan cometido ni colaborado en la comisión de las infracciones y vulnera, por ello, el principio de personalidad de la pena o sanción protegida por el artículo 25.1 de la CE, incurriendo así en el vicio de inconstitucionalidad»* (FJ 4).

La STC 214/1994, de 14 de julio (BOE de 18 de agosto de 1994), ha resuelto un nuevo recurso de inconstitucionalidad planteado contra algunos artículos de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas. Nos interesa, simplemente, hacer constar que en el FJ 2 reitera, evidentemente, lo expresado en la Sentencia arriba reseñada.

21. STC 151/1994, de 23 de mayo. BOE de 25 de junio
RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Conceptos: Derecho a la negociación colectiva. Aplicación judicial de los Convenios colectivos.

Preceptos de referencia: Arts. 37.1 y 117.1 CE. Prueba de existencia del derecho y principio «iura novit curia».

La recurrente pretendía la aplicación del Convenio relativo al personal al servicio de las Universidades andaluzas, publicado en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma (21 de octubre de 1989) pero no, obviamente, en el BOE.

La recurrente lo había alegado como parte fundamental de su pretensión, y si bien no lo aportó materialmente, había dado los datos suficientes para la identificación de la norma. El Juez se abstuvo de aplicarlo, sin discutir que tal fuera la norma aplicable, alegando que no había sido aportado al proceso por quien basaba en ella su reclamación. En otras palabras, consideró el Convenio como un hecho que precisa prueba.

El TC hace una doble serie de matizaciones importantes. De un lado, el requisito de la publicación. Es cierto que nuestra legislación establece que las normas obligan —en todos los sentidos— desde que son publicadas en el BOE. Pero como muy bien recuerda el Tribunal *«la propia estructura del Estado obliga a valorar bajo nuevos criterios el esquema de publicación de las normas [...], ha de afirmarse que los diarios oficiales autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas, sirviendo a idénticos fines, y desplegando, respecto de las normas sujetas a ellos, la máxima eficacia al principio “iura novit curia”»* (FJ 2).

La segunda precisión es, además de un recordatorio del sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico, una declaración de principios. A este respecto el TC considera que *«los Convenios Colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el artículo 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una fuerza vinculante que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas»* (FJ 2).

22. STC 154/1994, de 23 de mayo. BOE de 25 de junio

RA

Ponente: Viver i Pi Sunyer

Desestimado

Conceptos: Legalidad de infracciones y sanciones en relación a infracción del Código de la circulación. Deber de conocer los datos del conductor como manifestación de una conducta diligente del propietario

Preceptos de referencia: Art. 25.1 CE

El origen del presente recurso de amparo lo constituye una Resolución de la Dirección General de Tráfico, por la que se impuso al recurrente la sanción de multa de 8.000 pesetas, por infracción del artículo 278.II del Código de Circulación de 1934 (reformado por RD Legislativo 339/1990), concretamente, por ser propietario de un vehículo que infringió el límite máximo de velocidad autorizado y no facilitar a la Administración los datos necesarios para la identificación del conductor.

El TC ya había declarado en la STC 219/1988 (FJ 3) la constitucionalidad de la citada disposición, siempre que *«la Administración asuma la carga de proseguir las pertinentes diligencias de prueba para conseguir la identifica-*

ción del conductor, descartando de modo absoluto la posibilidad de imputar automáticamente la responsabilidad de la infracción, sin más, al propietario del vehículo, por el mero hecho de serlo».

De este modo, no se conculca el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, esa actitud diligente de la Administración requiere, al tiempo, de una actitud igualmente diligente del propietario del vehículo, que no puede impedir o dificultar la investigación.

En el presente supuesto, a juicio del TC, *«la presunción de inocencia ha quedado enervada por la conducta evasiva y reticente del actor, ya que al ser preguntado por la Administración acerca de la identidad del conductor del vehículo, de un modo vago y genérico cita [a varias personas] como posibles infractores [...] En ninguno de los casos ofreció a la Administración las precisas señas de identidad que permitieran la localización de estas personas»* (FJ 4).

Estas afirmaciones, sin duda interesantes, no constituyen la *«ratio decidendi»*. A juicio del TC, la Administración actuó correctamente trasladando al propietario la responsabilidad, al concurrir una culpa por falta de cuidado o de vigilancia imputable al propietario del vehículo debido a su potencial peligrosidad. Así considera que *«es indudable que el propietario de un vehículo en razón del conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de sus facultades dominicales y esencialmente debido al riesgo potencial que la utilización de un vehículo entraña para la vida, salud e integridad de las personas, debe conocer en todo momento quien lo conduce. En caso contrario, esa falta de control sobre los bienes propios constituye un supuesto claro de culpa por falta de cuidado o de vigilancia, cuya concurrencia posibilita de modo indubitado la traslación de la responsabilidad, que no podrá ser calificada en consecuencia de indebida ni de objetiva»* (FJ 3).

La presente STC ha sido objeto de un comentario de E. ROCA TRIAS, *«La responsabilidad del propietario de vehículos: función social de la propiedad y responsabilidad por riesgo»*, RJC, n.º 1, 1995, pp. 135 y ss.

23. STC 170/1994, de 7 de junio. BOE de 9 de julio

RA

Ponente: De Mendizábal Allende

Estimado

Conceptos: Honor y dignidad. Tutela penal. Información, opinión, vejación e insulto. Persona privada. Discrepancia con la ponderación de derechos incluida en la Sentencia recurrida

Preceptos de referencia: Arts. 10, 18 y 20 CE

A raíz de un desgraciado suceso (pérdida de una pierna por caída de una losa sobre una viandante), un diario malagueño publicó un artículo en el que se decía: *«Los ciudadanos, casi todos obreros, no entienden lo maravilloso del fenómeno y se quejan, con manifiesta ignorancia, de que a una titi le cortara una pierna la otra noche una losa desprendida de un edificio. La criatura no comprende que, a partir de esa mutilación, su vida tendrá nuevo sentido. Su novio, que estaba a punto de dejarla por otra, ya no se separará nunca de ella y podrá abusar de él durante toda su vida, obligándole a que la traiga esos maravillosos pastelillos de La Canasta que le harán parecer como una foca, coja, pero como una foca»*. Algún familiar de la lesionada solicitó una retractación, que fue negada. Días después, el mismo periodista publicó un artículo en el que decía: *«como*

sé que se cansan de corregirme y no llegan hasta el final, siempre aprovecho para meterme con alguien». Los aludidos interpusieron una querrela por injurias que, en primera instancia, prosperó. En apelación, sin embargo, la condena fue revocada, por entenderse que el periodista había ejercido la libertad de crítica sin incurrir en lo penalmente punible: *«la finalidad última del artículo es llamar la atención sobre el estado de deterioro de las fachadas de la capital», «el propósito no es otro que ilustrar la noticia en términos de amarga ironía llevada a extremos de parodia, pero no de burla ofensiva para la víctima».*

El TC no admite la pretendida violación del art. 24 CE, pues la Sentencia de la Audiencia incluía un razonamiento claro, sin faltar la ponderación de los derechos fundamentales en juego. Si el amparo se estima es por discrepancia material con esa ponderación. A este respecto, tras identificar la libertad ejercida por el periodista (no se trataba tanto de informar como, sobre todo, de opinar o criticar), el TC intenta establecer si se ha ejercido lícitamente, oponiéndole el derecho al honor. Ello le obliga a definir el concepto con una cierta amplitud. Sería deshonor, dice, lo que provoca el *«desmerecimiento en la consideración ajena»* (art. 7.7 LO 1/82) y, sobre todo, lo que *«en el concepto público»* se tiene por afrentoso (es la opinión colectiva de la gente lo que *«marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo»*). Desde este punto de vista, el TC no tiene duda alguna en cuanto al carácter ofensivo del artículo. Es cierto que el hecho era noticiable y la crítica de la desidia municipal legítima, pero ello no autorizaba a verter epítetos crueles e insultantes sobre la víctima, *«un ciudadano común, sin relevancia pública»*. Al hacerlo, dice el TC, *«se añade una vejación gratuita al infortunio, manchando así su imagen social y atentando a su dignidad»*. De hecho, recuerda el TC, los insultos no son admisibles ni siquiera cuando su destinatario es un personaje público (vid., sin embargo, la STC 297/1994, en la que se denegó el amparo al promotor de un grupo calificado como secta, cuya cojera se había ridiculizado en un artículo periodístico).

La conclusión es que —a juicio del TC— el artículo periodístico no solo lesionaba ilícitamente el honor (y, al parecer, también la intimidad por atribuir al novio un propósito de abandono) sino que, además, era merecedor de reproche penal (a este respecto, el TC apreció el *animus injuriandi* que la Audiencia había rechazado). La sentencia indica, pues, que no sólo la tutela otorgada, sino también el tipo de ésta (civil o penal) es una cuestión de alcance constitucional.

24. STC 173/1994, de 7 de junio. BOE de 9 de julio
RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Conceptos: Igualdad. Discriminación por razón de sexo. Libertad de contratación y derechos fundamentales

Preceptos de referencia: Art. 14 CE

La Sentencia tiene su origen en la no renovación del contrato temporal de una trabajadora en razón de su embarazo. La jurisdicción laboral, desestimó su demanda porque *«no había existido un despido, sino que, simplemente, la empresa se había abstenido de renovar el contrato»*. El TC, por contra, entiende que el principio de igualdad también puede vulnerarse por el ejercicio discriminatorio de la libertad de contratar o no contratar. *«No puede mantenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo dato de que el empre-*

sario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo. La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo [al que se reconduce obviamente el embarazo], no puede ser valorado como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho» (FJ 3). Conviene tener presente, no obstante, que en este caso no se trataba de una contratación *ex novo*, sino de la adición de otro contrato temporal a una serie de ellos y, sobre todo, que la Sentencia impugnada había admitido expresamente que el embarazo fue la causa de la no renovación.

25. STC 215/1994, de 14 de julio. BOE de 18 de agosto

CI

Ponente: García-Mon y González Regueral (Votos particulares de Gabaldón y otros)

Desestimada

Conceptos: Derechos fundamentales. Dignidad de la persona. Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Deberes de los padres. Protección de la salud. Protección de los disminuidos psíquicos
Preceptos de referencia: Art. 6 de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte que da nueva redacción al artículo 428; arts. 10.1, 15, 39.3 y 49 CE

Los padres de una incapacitada, aquejada de síndrome de Down, solicitaron la esterilización de la misma mediante la ligadura de las trompas de Falopio. Concluidos los autos para Sentencia, el Juez planteó cuestión de inconstitucionalidad. En opinión del Magistrado, el artículo 428 del Código penal (según la redacción dada por la LO 3/1989, de 21 de junio) en el que se establece que «...no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz» pudiera ser contrario a la Constitución. Resumiendo en lo sustancial la argumentación, el Magistrado consideraba que la esterilización de los incapaces constituye una medida vejatoria y contraria a su integridad física, desproporcionada y no encaminada a beneficiarles.

El núcleo de la cuestión radica en la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el artículo 15 de la Constitución «*permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que [...] cumpla la misma finalidad despenalizada*» (FJ 1).

El problema se concreta en determinar en qué supuestos y con qué limitaciones los actos de autodeterminación que una persona capaz puede y debe realizar por sí misma, y que afectan a su integridad física, pueden ser realizados por otros, en caso de incapacitados, a causa de una deficiencia psíquica grave.

La razón primaria que debe impulsar cualquier medida que tenga como sujeto a un menor o a un incapaz, debe ser su propio interés. El TC considera que la medida es justificable ya que mejora sus condiciones de vida y su bienestar, «*le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art.10.1 CE) y a su integridad moral (art. 15.1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad [...], pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica*» (FJ 4 a).

Pero ninguna medida es en sí misma justificable si al mismo tiempo no es proporcional, es decir que *«la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas [...] Si los fines son legítimos no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende»* (FJ 4 b).

Las notas de justificable y proporcional constituyen los presupuestos de legitimidad de la norma. Pero tratándose de derechos personales, la autorización legal para que otro los ejerza en nombre del titular debe resultar revestida del máximo de garantías de aplicabilidad. De ahí que la norma requiera, además de la petición de los representantes legítimos, del dictamen de dos facultativos y de la intervención del Ministerio Fiscal y del propio Juez. Pudiera entenderse que *«a dichas garantías debieran añadirse otras [...] como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible [...], pero lo cierto es que [...] el precepto [no] impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla o bien para denegarla»* (FJ 3)

Sobre esta sentencia puede verse un comentario de GARCIA ARAN, *«Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos»*, RJC, núm. 3, 1995, pp. 99 y ss.

26. STC 260/1994, de 3 de octubre. BOE de 8 de noviembre RRAA

Ponente: Cruz Villalón (Voto particular de Gimeno Sendra)
Desestimados

Conceptos: Patria potestad. Declaración de desamparo y tutela legal por la Administración. Educación y escolarización de los hijos. Sectas
Preceptos de referencia: Art. 27 CE; arts. 154 y 172 y ss. CC

La Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña, en ejercicio de sus competencias (DD 332 y 380/1988) y en aplicación de los arts 172 y ss. CC (*«de la guarda y acogimiento de menores»*), declaró la situación de desamparo de una serie de menores, asumiendo su tutela automática. Aducía para ello los riesgos que podía suponer *«su permanencia en una secta [“Niños de Dios”] tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales»*. La oposición de los padres fue desestimada por el Juzgado de 1.^a Instancia. La Audiencia, por contra, acogió la apelación, al entender que *«los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno»* y que su formación educativa, aun realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, *«venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución»* (FJ 1 de la STC).

La Generalidad acudió en amparo al TC, alegando la vulneración del art. 27.1 CE, en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados. El Ministerio Fiscal se opuso por entender que, pese a las apariencias, se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria. Así lo consideró también el TC; para quien la apreciación de las circunstancias personales y familiares de los menores era una cuestión de hecho a valorar por la Audiencia. El derecho de los menores a la educación (art. 27.1 CE)

sí habría sido conculcado si la Audiencia hubiese impedido la escolarización. Pero, a juicio del TC, no era este el caso, pues —a despecho de algunas reflexiones equívocas— los Autos simplemente se limitaron a rechazar que la situación escolar de los menores justificara la asunción de la tutela por parte de la Generalidad y la consiguiente desposesión de la patria potestad. De los Autos —al menos de su parte dispositiva— no resultaba que la Generalidad no pudiera «*servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho*» (FJ 2). En resumen, aunque la declaración de desamparo, internamiento de los menores y desposesión de la patria potestad, hubieran sido improcedentes (cuestión de la soberanía de los tribunales), la Generalidad seguía teniendo las necesarias facultades para asegurar la debida escolarización de los menores.

El voto particular, por contra, centró su atención en las opinables reflexiones de la Audiencia sobre la admisibilidad de sistemas educativos propios y la «*total libertad de los padres para orientar [a los hijos] hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática*». El magistrado discrepante, precipitando un pronunciamiento que la mayoría —cifrándose a la parte dispositiva de los Autos— estimó innecesario, entendió que debió aceptarse el recurso, aprovechando tan novedoso caso para recordar que «*la libertad religiosa [art. 16 CE] no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos, bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente*». No hay duda de que la sociedad multicultural a la que estamos abocados dará ocasión para volver sobre el problema (y quizá entonces podrá rescatarse el voto emitido en esta Sentencia).

En relación a esta STC puede verse el comentario de J. EGEA FERNANDEZ, «*La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)*», *Derecho privado y constitución*, n.º 5, 1995, pp. 253 y ss.

27. STC 275/1994, de 17 de octubre. BOE de 22 de noviembre

RA

Ponente: Viver i Pi-Sunyer

Desestimado

Concepto: Carácter dispositivo o imperativo del recargo del 20 % en indemnizaciones. Tutela judicial. Igualdad

Preceptos de referencia: DA 3.^a LO 3/1989 y arts. 24 y 14 CE

Se suscita nuevamente la cuestión del carácter dispositivo o imperativo del recargo del 20 % previsto en la DA 3.^a de la LO 3/1989, de reforma del CP. Los recurrentes sostenían que la negativa a aplicar «*ope legis*» tal disposición, sin necesidad de petición de parte, vulneraba sus derechos a la tutela judicial y a la igualdad. El TC rechaza la alegada violación del art. 24 CE por entender que el problema es de interpretación de la legalidad ordinaria, según establecieron decisiones anteriores, como la STC 237/1993. Es cierto que otra posterior (STC 279/1994) ha dicho que el recargo «*es ajeno al principio dispositivo*» (FJ 4). Pero se trata de una afirmación incidental, que además se remite a una sentencia (la 258/1993) en la que se dijo lo contrario. En cuanto a la pretendida violación del art. 14 (igualdad en la aplicación de la

ley), el TC también la rechaza porque las resoluciones presuntamente contradictorias procedían de órganos judiciales diferentes.

28. STC 278/1994, de 17 de octubre. BOE de 22 de noviembre

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Concepto: Efectos civiles de condena penal por estafa. Nulidad de compraventa. Restitución de la cosa en poder de tercero e indemnización. Tutela judicial

Preceptos de referencia: Arts. 102 y 104 CP (anterior) y art. 24 CE

El Ayuntamiento de Bell-lloc (Lérida) adquirió, en escritura pública, una finca rústica para destinarla a vertedero. Al cabo de unos años, recibió la notificación de un Auto, procedente de un Juzgado de lo Penal, en el que se le requería a fin de que retirase las basuras y repusiera la finca a su estado original. Aunque formalmente nunca se le dio vista de las actuaciones, el Ayuntamiento pudo averiguar que el Auto era consecuencia de un proceso penal por estafa contra quien le había vendido la finca. En la Sentencia se declaraba la nulidad de la escritura, disponiendo la restitución de la finca y reconociendo al Ayuntamiento una indemnización de 1.150.000 ptas. En la apelación, los condenados alegaron una defectuosa relación procesal, por la ausencia del Ayuntamiento. El recurso fue desestimado por la Audiencia, que reprochaba a los recurrentes *«trasladar al proceso penal principios procesales de índole civil que deben ser adaptados al propio contenido del ya referido art. 102 CP y del art. 104 del Código, que establece que la indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los causados al agraviado, sino también los irrogados a su familia o un tercero»*. Esta expresa previsión y el hecho de que se hubiese fijado una indemnización en favor del Ayuntamiento, haría *«irrelevante»* el hecho de que éste no hubiera sido llamado al procedimiento (Ant. 2).

El Ayuntamiento —al que además de reconocerle una reducida indemnización se le imponía una gravosa obligación de hacer— recurrió en amparo, denunciando la violación del art 24 CE y pidiendo la anulación de las Sentencias. El TC entendió que, en efecto, la existencia de las actuaciones debió habersele comunicado. *«El mero reconocimiento de una indemnización en favor del Ayuntamiento, no priva de interés a éste para sostener la acción en amparo, en la medida en que no se le ha ofrecido la oportunidad real y efectiva de alegar y probar lo que estimase conveniente para cuantificar los daños que se derivan de la "restitución de la cosa"»* (FJ 4). Todo lo anterior, precisa el TC, *«no puede quedar objetado por la posibilidad abierta en el art. 108 LECr de que sea el Ministerio Fiscal quien entable, junto a la penal, la acción civil»*, ya que *«como se desprende de los arts. 108 y 109 LECr, el sostenimiento de las acciones civil y penal por el Ministerio Fiscal es una posibilidad»* y, como tal, *«puede quedar cerrada cuando el sujeto legitimado opta por reservarse el ejercicio de aquélla en proceso aparte»*, opción de la que *«no puede ser privado»* (FJ 4).

El acogimiento del amparo, contra lo pedido, no determina la nulidad total de las Sentencias penales. *«Siguiendo la pauta marcada en el apartado correspondiente a la cuantificación de la responsabilidad civil, por la jurisprudencia de este Tribunal, la [nueva] Sentencia que se dicte estará limi-*

tada a posibilitar “el enjuiciamiento de esa única pretensión, con posibilidad de alegar y, en su caso, utilizar los medios de prueba pertinentes, en debate contradictorio, hasta obtener la respuesta judicial que corresponda, pero en cualquier caso con respeto escrupuloso a la intangibilidad de los demás pronunciamientos”» (FJ 5, con cita de la STC 98/1993).

**29. STC 279/1994, de 17 de octubre. BOE de 22 de noviembre
RA**

Ponente: Gimeno Sendra

Estimado

Conceptos: Indemnización y «reformatio in peius»

Preceptos de referencia: Art. 24 CE

Tras la Sentencia penal que le reconoció el derecho a ser indemnizado, el perjudicado —y solo él— recurrió en apelación a fin de obtener una indemnización mayor. El condenado se opuso al recurso, por entender correcta la cuantía de la responsabilidad civil. Pese a ello, la Audiencia, al desestimar la apelación, estableció una indemnización más reducida. El posterior recurso de aclaración fue también desestimado (porque lo pretendido comportaría «alteración de lo ejecutoriamente resuelto»), no sin reconocer la Audiencia haber incurrido en un «error involuntario» al reducir la cuantía de la indemnización. El TC concedió el amparo. Aunque el órgano judicial «ostenta un amplio margen» para «determinar si la condena dictada en apelación resulta globalmente más favorable para el recurrente» (FJ 4), en este caso el perjuicio resultaba evidente. «Al órgano judicial llamado a resolver el recurso le está vedado alterar, en perjuicio del recurrente, la responsabilidad civil acordada en primera instancia si no ha existido impugnación independiente o adhesión a la apelación del apelado, salvo que se trate de materias reguladas por normas de orden público» (FJ 2). La prohibición de “reformatio in peius” es «ciertamente predicable del pronunciamiento civil unido a la condena penal» (FJ 3).

**30. STC 288/1994, de 27 de octubre. BOE de 29 de noviembre
RA**

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Estimado

Concepto: Libertad de expresión y derecho a la defensa

Preceptos de referencia: Arts. 20.1 y 24.1 CE

La Sentencia es una más de las que han tenido que ocuparse de eventuales restricciones a la libertad de expresión cuando quien la ejerce se integra en una estructura jerarquizada (policía, ejército...). Pero en este caso, no se trataba sólo de aquella libertad sino, también, del derecho a la defensa, pues las expresiones controvertidas se habían emitido en un escrito jurídico.

El fondo del asunto está en el nombramiento de un militar en la reserva, para desempeñar, con cargo de Director General, tareas hasta entonces atribuidas a funcionarios de carrera y para las que, por tanto, era preciso estar en activo. El actor, también militar y perteneciente al Cuerpo afectado, recurrió en vía administrativa, afirmando que con el Decreto de nombramiento se ha-

bía «perseguido un resultado contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico, conformando una operación en fraude de ley». Se imputaba a la decisión «patrimonializar una vacante» y se concluía hablando de una «injusta, arbitraria e ilegal operación en fraude de ley». El Ministro de Defensa, invocando el art. 8 LO 12/1985, sancionó al militar recurrente, por haber usado expresiones contrarias al «buen modo» con que deben manifestarse los miembros de las FFAA en la interposición de todo tipo de recursos. La sanción fué confirmada por los tribunales, remitiéndose la Sala 5ª del TS a la doctrina constitucional sobre los límites de la libertad de expresión en las FFAA, donde «es esencial que predominen los principios de jerarquía y subordinación» (Ant. 2).

El amparo fue concedido por el TC. Aun aceptando la «legitimidad abstracta de la limitación del derecho de libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas» (FJ 2), en el caso tal limitación afectaba además a otro derecho constitucional —el de defensa— dado el contexto de las expresiones reprochadas al recurrente. La obligación de actuar con «buen modo», «no puede ser interpretada de forma que, en aras de un mantenimiento a ultranza de su tenor literal, conduzca al resultado de recortar indebidamente la libertad de expresión orientada a ejercer el derecho a exponer los propios argumentos en un procedimiento administrativo» [...]. «No cabe desconocer que la esencia de un recurso y de la defensa de los propios argumentos es la crítica del acto, la discusión y ataque de la fundamentación y racionalidad jurídica del propio acto o de sus efectos» (FJ 3). A este objeto, es fundamental que exista conexión entre las críticas y las tesis jurídicas defendidas en el recurso, como así lo entendió el TC con referencia al caso planteado.

31. STC 292/1994, de 27 de octubre. BOE de 29 de noviembre RA

Ponente: Gimeno Sendra

Estimado

Conceptos: Ejecución de decisiones judiciales. Embargo Bienes de Estado extranjero. Ambito de la inmunidad

Preceptos de referencia: Art. 24 CE

Se plantea aquí un problema sobre el que el TC ya había tenido ocasión de sentar pormenorizada doctrina en su Sentencia 107/1992: la embargabilidad de los bienes de Estados extranjeros en ejecución de resoluciones judiciales. La actora había trabajado durante casi cincuenta años para la Embajada del Brasil, sin que se le diera de alta ni cotizara en la Seguridad Social. El INSS le denegó por ello la pensión de jubilación. No obstante, le fue reconocida por el Juzgado de lo Social, si bien a cargo de la Embajada, a la que se requirió de pago. Ante la solicitud de medidas para asegurar la efectividad de la ejecución, el Juzgado pidió al Ministerio de Asuntos Exteriores un informe sobre los bienes de la Embajada susceptibles de embargo a tenor de los convenios internacionales y del art. 7 del RD 1654/1980. El Ministerio emitió el informe solicitado, entendiendo amparados por la inmunidad de ejecución los locales, muebles y bienes allí situados, medios de transporte y cuentas corrientes de la Embajada. No obstante —con cita de la doctrina del TC— hacía constar que el propio Ministerio debería «conseguir

información sobre bienes no afectos a las actividades propias de la Misión y sobre los que pudiera hacerse efectiva la condena» (Ant. 2). Pese a esta última precisión, el Juzgado denegó la solicitud de embargo de la actora, sin hacer reserva alguna.

El TC estimó el amparo por entender que el Juzgado no había aplicado de forma adecuada la doctrina de la STC 107/1992, en la que sólo se reconoce a los Estados extranjeros una inmunidad de ejecución relativa. «*La delimitación del alcance concreto de la inmunidad [...] debe partir de que con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia y, en consecuencia, una decisión de inejecución supone una vulneración del art. 24.1 CE*» (FJ 3, con cita de la STC 107/1992). La inmunidad de los Estados se asienta así sobre una doble distinción: a) son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluyendo las cuentas corrientes bancarias —según práctica internacional contemporánea—; b) son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis* (FJ 3, asimismo con cita de la STC 107/1992). Por tanto cabía embargar bienes «*inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades en las que [el Estado], sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma forma que un particular*» (FJ 3). La pura y simple denegación de la ejecución, sin intentar determinar la existencia de tal tipo de bienes es lo que conduce a la estimación del amparo. Tampoco se oponía a la ejecución el hecho de que el proceso aún no hubiera concluido (estaba pendiente ante el TS), dado que no es posible «*afirmar con plena certeza la existencia de una norma internacional que impida en todo caso, salvo consentimiento específico del Estado extranjero afectado, la ejecutabilidad de resoluciones judiciales no definitivas*» (FJ 4).

32. STC 297/1994, de 14 de noviembre. BOE de 14 de diciembre
RA

Ponente: Gimeno Sendra (Voto particular del propio Ponente)

Desestimado

Concepto: Derecho al honor. Tutela penal y tutela civil

Preceptos de referencia: Art. 18 CE y art. 7 LO 1/82

El Sr. Lapidra, implicado en diligencias penales como promotor de una Secta («Ceis») y centro de una intensa atención informativa, fue objeto de un artículo de opinión en el que se le aplicaban epítetos que juzgó denigratorios e insultantes. La Sentencia recoge algunas frases del artículo: «...*cuando la silueta rechoncha del Sr. Lapidra aparece en la pequeña pantalla arrastrando la pata chula...*», «*ese gordinflón de gafas degradées, camisas floreadas y pantalones de pata de elefante...*», «*personificación del mal*», «*falso maestro y reputado sobón de niños*», «*sujeto perverso*», etc.

El Sr. Lapidra presentó una querrela por injurias y calumnias, que fue archivada por entenderse que no había delito. En el Auto de archivo se ponderaba la tensión entre la libertad de opinión y los derechos al honor y a la

intimidad, rechazando la lesión penal de éstos por tratarse de una persona de proyección pública y un asunto de amplio interés objeto de diligencias penales relacionadas con el tipo de imputaciones vertidas en el artículo periodístico. El Auto de archivo fue confirmado por la Audiencia. El Sr. Lapiedra recurrió en amparo por entender que los Autos habían vulnerado sus derechos al honor y a la intimidad.

En la desestimación del amparo resulta básica la diferencia existente entre las tutelas penal y civil. *«Es cierto que mediante una y otra vía [...] puede garantizarse el derecho fundamental que nos ocupa, pero tampoco lo es menos que a través de estas dos manifestaciones de la jurisdicción ni se protegen las mismas injerencias frente al honor ni su finalidad es la misma. La vía civil es procedente frente a todo género de injerencia o intromisión ilegítima establecida en el art. 7 [LO 1/82], estando la pretensión civil de condena orientada a obtener una reparación de carácter económico. En el proceso penal, sin embargo, se protege el derecho al honor en tanto en cuanto la injerencia o intromisión pueda ser constitutiva de delito, persiguiendo el acusador particular la imposición de una pena».*

En otras palabras, *«el Juez civil tiene un elenco de posibilidades para apreciar la efectiva vulneración del derecho al honor más amplio que el Juez penal, que, para poder determinar la existencia de una infracción al honor, ve ceñido su examen a que efectivamente exista un delito tipificado en el Código penal»* (FJ 5). La opción del recurrente en amparo impide al TC examinar *«si se ha vulnerado el derecho al honor por cualquier conducta que pudiera calificarse de intromisión ilegítima, según el art. 7 LO 1/82, ya que esta cuestión ha quedado imprejuizada en la jurisdicción ordinaria»* (FJ 5). El magistrado discrepante consideraba, por contra, que el amparo debió otorgarse dado el carácter objetivamente injurioso de los epítetos y expresiones: la Constitución —dice, con remisión a la STC 105/1990— *«no permite el insulto».*

Sobre la cuestión del distinto ámbito y margen de apreciación en los ámbitos civil y penal, puede verse también la STC 272/1994 (17 de octubre, BOE de 22 de noviembre, Ponente De Mendizábal Allende). En ella se rechaza el amparo de una persona, que había visto fracasar una querrela por hechos que juzgó atentatorios contra su intimidad, subrayando la mayor flexibilidad de la tutela civil: *«Una vez que el interesado optó por la vía penal dejando aparcada la acción civil, más flexible, a ella y a sus reglas debe atenerse con todas sus consecuencias. En este ámbito la culpabilidad es un elemento inexcusable, sin que pueda darse nunca una responsabilidad objetiva o sin culpa»* (FJ 2).

33. STC 316/1994, de 28 de noviembre. BOE de 28 de diciembre RA

Ponente: De Mendizábal Allende (Voto particular de De la Vega, al que se adhiere Rodríguez-Piñero)

Estimado

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Responsabilidad civil. Ejecución de Sentencia contra terceros. ¿Tercería de dominio subrepticia en vía de amparo?

Preceptos de referencia: Art. 24 CE

En el juicio oral de un proceso por apropiación indebida, la defensa del acusado aportó un acta notarial en la que la hija y el yerno de aquél se com-

prometían a hacer frente a las responsabilidades civiles con una vivienda de su propiedad. En el documento, ambos comparecientes, *«conjunta y solidariamente»*, manifestaban *«su voluntad de hacer frente con la vivienda letra A del piso quinto de la casa num. 2 de la calle... de Pamplona, y hasta el máximo valor de dicha vivienda, a la responsabilidad civil directa del sumario... del Juzgado... de Pamplona, incoado contra el padre de la compareciente D... y así indemnizar a la Comisión liquidadora de Fomacasa»* (voto particular, núm. 2). El acta fue unida a los autos *«sin perjuicio de la valoración que se diera en su momento a la misma»* (Ant. 1). La Sentencia condenó al encausado de conformidad con la petición inicial del Fiscal (seis años y un día e indemnización del perjuicio con sus intereses), declarando acto seguido su insolvencia.

Tras adquirir firmeza la resolución, se ordenó el embargo de la vivienda, momento en el que la hija y el yerno del condenado presentaron ante la Audiencia un escrito pidiendo la nulidad de actuaciones, por violación de su derecho a la tutela judicial. Alegaban haber aportado el acta *«exclusivamente con la finalidad de probar la voluntad reintegradora del acusado»*. Si la Sala hubiera aceptado el ofrecimiento, valorándolo o no en favor del acusado, debería —en su opinión— *«haberlo manifestado así en la Sentencia, en la que tienen que resolverse todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil, a tenor de lo dispuesto en el art. 142, 4.º-4.ª LECr»* (Ant. 1). Al no haberse hecho así, serían unos terceros no afectados por el proceso, pues ni recibieron notificación de la Sentencia ni, en consecuencia, pudieron oponerse a la misma. Su petición fue desestimada. En el voto particular de la STC, se resumen del siguiente modo las razones de la Audiencia: *«Sin constituir el ofrecimiento una fianza o aval, sí se configura una obligación de pagar directamente la indemnización civil a la que fuere condenado el padre, con lo que se estaría en presencia de una subrogación [del] artículo 1212 CC [sic] y también, en segundo lugar, de un posible pago por cesión de bienes; en todo caso una obligación contraída libre y voluntariamente, bajo la fe notarial»*.

Los propietarios de la vivienda recurrieron en amparo, alegando indefensión. El TC también lo entendió así, por haberse extendido la ejecución a sujetos no incluidos en la condena. *«La cosa juzgada, “res iudicata”, se delimita por la presencia actual o potencial en el proceso correspondiente, y sólo puede afectar a quienes habiendo participado en él o habiendo desaprovechado la oportunidad de hacerlo, son los destinatarios directos y explícitos de la resolución judicial y figuran como tales en la parte dispositiva o fallo. Sus efectos se producen, exclusivamente, sobre los litigantes y sus causahabientes o personas unidas a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos o la obligación de satisfacerlos (art. 1252 CC)»* (FJ 2; el mismo párrafo puede verse en el FJ 2 de la STC 314/1994, de 28 de noviembre, relativo asimismo a un caso de responsabilidad civil derivada de acto sancionado penalmente). La ejecución de las Sentencias en la jurisdicción civil, a cuyo cauce reenvía la LECr, sólo puede dirigirse contra el condenado, sin que quepa *«derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas»*. Por ello, *«la providencia donde se traba y embarga una cosa inmueble sobre la cual el condenado carece de cualquier derecho real que le vincule a ella, es una clara desviación del procedimiento de ejecución sin previo aviso y, por tanto, con lesión del derecho a la defensa»* (FJ 2).

La decisión y consiguiente anulación de la providencia no fue, sin embargo, unánime. Dos magistrados consideraron que no hubo indefensión y que, en el fondo, los recurrentes no habían hecho otra cosa que utilizar indebidamente la vía del amparo constitucional «para disfrazar procesalmente una *tercería de dominio*». Se trata de una observación de interés. Ahora bien, ¿qué objeto podía tener la eventual *tercería*? El dominio de la hija y el yerno no se discutía. Su argumentación sólo habría podido centrarse, por tanto, en la falta de afección de la vivienda al pago de la indemnización. Pero ¿no existía el riesgo de que se hubiera considerado esta cuestión como cosa juzgada?... En otro orden de cosas, hay que advertir contra posibles confusiones derivadas de lecturas apresuradas de la Sentencia y su voto particular. Que éste afirme que procedía una *tercería* mientras aquélla admite el amparo, no quiere decir que el recurso al TC, con alegación del art. 24 CE, sea lo procedente cuando alguien ve sus bienes indebidamente trabados.

**34. STC 317/1994, de 28 de noviembre. BOE de 28 de diciembre
RA**

Ponente: Gimeno Sendra

Desestimado

Conceptos: Igualdad. Tutela de la mujer que encubre discriminación. Inadmisibilidad de la bilateralización del privilegio discriminatorio. Distribución de roles en el matrimonio

Preceptos de referencia: Art. 14 CE

El art. 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros de 1970 permitía, al personal femenino que contraía matrimonio, optar entre continuar su trabajo en la empresa o rescindir su contrato con percepción de una indemnización. La recurrente escogió esta última posibilidad que, sin embargo, le fue denegada; criterio que confirmó la jurisdicción laboral, por entender que se trataba de un beneficio discriminatorio, contrario al art. 14 CE. El recurso de amparo da ocasión al TC para volver sobre una cuestión de la que ya se ha ocupado en otras ocasiones: la constitucionalidad o no de las discriminaciones tutelares.

La Sentencia condiciona esta constitucionalidad a una doble exigencia. En primer lugar: «*Que la medida en cuestión no sea "contraria al principio de igualdad de trato", es decir —y utilizando la terminología de un tratado internacional de importancia básica en la materia, el Convenio 111 de la OIT— "que (no) tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" [art. 1.1.a)] de los colectivos discriminados*». En segundo lugar: «*Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados*» (FJ 2).

En el caso planteado, se entiende que la discriminación es inconstitucional por basarse en una supuesta «*mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares de parte de la mujer*» (FJ 2, citando el FJ 6 de la STC 128/1987). La norma en cuestión, dice el TC, «*respondía a una orientación normativa muy concreta, que llegó a tener expreso reflejo en las leyes fundamentales del régimen anterior: la de "liberar a la mujer casada" del trabajo, facilitándole la vuelta al hogar a través de medidas que desincentivarán la permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio*». Este tipo de norma, que «*incentiva la interrupción de la carrera profesional de*

la mujer» (FJ 3), es pues inconstitucional; y ello aunque «en sus manifestaciones concretas, la propia víctima pueda estar de acuerdo o aun desear su aplicación, porque el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado» (FJ 2).

También desecha la Sentencia una eventual subsanación de la discriminación por medio de la «bilateralización» de la medida, subrayando que, en este caso al menos, tal bilateralización «sólo tendría un alcance formal, que todo lo más conduciría a hacer encubierta u oculta una discriminación que, en la redacción original de la Ordenanza, era abierta» (FJ 4). En otras palabras: que, aunque la elección estuviere abierta a ambos sexos, los hombres seguirían optando por el trabajo y las mujeres por el hogar.

En relación con el problema de la posible eliminación de discriminaciones mediante su extensión, puede verse también la STC 315/1994 (28 de noviembre, BOE de 28 de diciembre), en la que se rechazó la demanda de amparo de un varón que pretendía beneficiarse de la posibilidad —reconocida sólo a las mujeres— de continuar percibiendo una pensión de orfandad más allá de la edad de veinticinco años (art. 8 del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Diputación Foral, de 10 de marzo de 1931). El mantenimiento de la pensión a las mujeres, en tanto permanecieran «solteras y en el siglo», fue considerado por el TC inadmisibles por responder a una «concepción peyorativa de la mujer». Por ello se rechazó también la petición de extensión del privilegio. El principio de igualdad, dice el TC, «no siempre es motor de una generalización del régimen más favorable y, muy al contrario, puede exigir la supresión del beneficio si éste fuere injustificado y no razonable». En otras palabras, el principio de igualdad «no puede ser un medio para adquirir derechos ajenos, en virtud del agravio comparativo» o para obtener una «equiparación en la discriminación misma» (FJ 4).

35. STC 320/1994, de 28 de noviembre. BOE de 28 de diciembre

RA

Ponente: De la Vega Benayas

Estimado

Conceptos: Libertad de información y derecho al honor. Veracidad de los hechos. Persona privada y hechos de trascendencia pública

Preceptos de referencia: Art. 18 CE

El recurso de amparo tiene su origen en la condena de una periodista por injurias cometidas en un programa radiofónico. Sus palabras habían sido las siguientes: «Por cierto [...] tengo que contar un caso que se ha producido en su pueblo, en la escuela-taller, se llama escuela-taller “El reloj”, de Olmedo, en la que ha habido tres casos de acoso sexual por parte de un monitor, un albañil monitor [cuyo nombre se daba], hacia tres alumnas que, por lo visto, decidieron denunciar el caso ante el INEM».

La Sentencia del TC aplica doctrina ya conocida, según la cual la legitimidad del derecho a comunicar información veraz exige: «Que se trate de hechos, que tengan trascendencia pública, “noticiables”, que se dé la veracidad de la información y, en relación con esto último, que el periodista o informador haya comprobado con prudente diligencia, contrastándola con datos objetivos, la noticia que da» (FJ 3, con remisión a numerosas Senten-

cias anteriores). La exigencia de veracidad, por tanto, no tiene por objeto «una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información», sino «negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad» (FJ 3).

Todos esos requisitos se daban en el caso enjuiciado. La relevancia de la noticia (acoso sexual en una escuela pública de una pequeña localidad) era notoria, «independientemente del eventual carácter privado del afectado por la noticia (el monitor)». También estaba fuera de duda la veracidad «pues ello resulta del dato objetivo y documentado de las denuncias de las alumnas acosadas y de la fortísima presunción de su conocimiento público en una ciudad pequeña». Finalmente, los términos de la denuncia en modo alguno resultaban «excesivos» (FJ 5).

36. STC 325/1994, de 12 de diciembre. BOE de 18 de enero de 1995

RA

Ponente: De Mendizábal Allende

Desestimado

Conceptos: Derecho a la tutela judicial, en relación a error judicial.

Liberación de preso, con daño para terceros

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE

El interés de esta resolución radica quizá menos en su doctrina que en lo llamativo de los hechos y en el problema jurídico de fondo (responsabilidad de la Administración por negligencia en la concesión de un permiso penitenciario).

El recurso de amparo planteado impugna la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 1991, dictada en recurso de revisión en solicitud de declaración de error judicial, interpuesto contra un Auto de un Juez de Vigilancia Penitenciaria que, en aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario, y a pesar de no concurrir los requisitos exigidos por el art. 98 del Código Penal, excarceló a un preso por ser éste enfermo terminal del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). El preso, una vez liberado, protagonizó un robo en una farmacia, y, en su huida, colisionó con un vehículo, ocasionando la muerte del conductor y graves lesiones en la persona del hijo de los recurrentes en amparo.

Los recurrentes alegan: a) La vulneración del derecho a la seguridad ciudadana —cuyo cobijo sitúan en el art. 17 CE—, por parte de ambas resoluciones; y b) La infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en la faceta de la motivación, por parte del TS.

En cuanto a lo primero, argumenta el TC (FJ 2) que el concepto de seguridad pública está excluido del art. 17.1 CE, precepto que alude a la seguridad personal como soporte de la libertad de todos y cada uno, implicando la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas. Por contra —añade—, aquel concepto halla su acomodo en el art. 104 CE, que lo configura como un bien jurídico colectivo cuya salvaguardia corresponde al Estado, sin formar parte del elenco de derechos fundamentales o libertades públicas, lo que le excluye del ámbito de protección del recurso de amparo.

En cuanto a lo segundo, indica el TC (FJ 3) que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un

cierto modo de razonar en las resoluciones judiciales: la motivación ha de ser suficiente, y este concepto jurídico indeterminado debe apreciarse en cada caso concreto, en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee.

En el caso que nos ocupa, la Sentencia del TS contiene una argumentación más que suficiente para satisfacer esta vestidura formal del razonamiento, conclusión que el TC (FJ 4) basa en los hechos siguientes: a) La Ley Orgánica del Poder Judicial, a la cual remite la CE, no contiene una definición de lo que sea el error judicial, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los Jueces y Tribunales; y b) En este sentido, el TS no hace sino aplicar la doctrina jurisprudencial, ya abundante, que configura el concepto de error judicial en función de su naturaleza intrínseca y delimita sus efectos, sin apartarse en absoluto de los criterios utilizados en otros casos (criterios que atienden a que la resolución judicial de que se trate no sea absurda, ilógica o manifiestamente carente de la fundamentación adecuada).

37. STC 336/1994, de 19 de diciembre. BOE de 23 de enero de 1995

RA

Ponente: López Guerra

Desestimado

Conceptos: principio de igualdad, en relación a denegación de resolución de arrendamiento urbano

Preceptos de referencia: art. 14 CE

Se plantea recurso de amparo contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, confirmatoria en apelación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa capital, en la que se desestimaba la pretensión de la ahora recurrente de que se diera por resuelto un contrato de inquilinato sobre vivienda de su propiedad en aplicación de los arts. 62.1 y 114.11 del TRLAU; a juicio del juzgador, la actora no tenía necesidad de tal vivienda, sino que, en atención a las circunstancias concurrentes (aquella —salvo en el período de tiempo en el que residió en el extranjero— había vivido siempre con una hermana en una vivienda de mayores dimensiones que la arrendada y ubicada cerca de ésta; conveniencia de que, por razones de edad, ambas hermanas vivan juntas; escasos recursos económicos del inquilino, cabeza de familia numerosa), cabía presumir que lo que perseguía era disponer de la misma para obtener un beneficio económico.

La recurrente en amparo alega: a) Vulneración del art. 14 CE, al considerarse discriminada por razón de sus circunstancias personales, invocando a tal efecto la doctrina contenida en la STC 69/1991; y b) El silencio de aquellas resoluciones en cuanto a su condición de emigrante, silencio que, según afirma, además de conculcar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), impide constatar la modificación de la línea jurisprudencial existente acerca de aquella condición como causa de resolución del arrendamiento.

En cuanto a lo segundo, declara el TC (FJ 2) que tal silencio fue debido a lo irrelevante de aquella condición frente a las restantes circunstancias concurrentes, no impidiendo el mismo, por otra parte, verificar si hubo o no cambio de doctrina, simplemente porque la recurrente no acreditó la efectiva existencia de la línea jurisprudencial invocada.

Rechaza el TC, asimismo, que se haya conculcado el art. 14 CE, en atención (FJ 4) a lo que sigue: a) Determinar la concurrencia o no de la causa de necesidad determinante de la resolución del arrendamiento compete únicamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria, cuyo pronunciamiento sólo es revisable en amparo si se demuestra que en la valoración de las circunstancias definidoras de aquella concurrencia se ha operado con quiebra de algún derecho fundamental —en este caso, del principio de igualdad—; y b) No se aprecia vulneración de tal principio, pues la edad de la demandante no se ha erigido —como ocurría en el caso tratado por la ya citada STC 69/1991— en argumento determinante de la desestimación de su pretensión; por contra, lo que hubo fue una valoración ponderada y razonable de diversas circunstancias, ninguna de ellas evidenciadora de una eventual discriminación de la recurrente.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Javier BARCELÓ DOMENECH
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS
Gabriel GARCÍA CANTERO
Antonio JIMÉNEZ CLAR
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Aúrea RAMOS MAESTRE
Encarna SERNA MEROÑO
María Luisa VALLÉS AMORES

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. Derecho mercantil.—III. Derecho procesal.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Actos propios: Pago de comisiones pactadas verbalmente. Prueba.— Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que para que un «acto propio» pueda ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo; en el presente caso, tal carácter vinculante para el recurrente como expresión de su consentimiento al pago de las comisiones pactadas fuera del contrato documentado en escritura privada, lo tienen las liquidaciones realizadas por él y remitidas al comisionista que, además de ser un eficaz medio de prueba del pacto verbal sobre el pago de esas disentidas comisiones, acreditan igualmente el inicial y voluntario cumplimiento por el obligado del citado pacto verbal.

Buena fe.— La buena fe contractual, entendida en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento; si bien es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ella se refieren (así, por todas, S. de 5 de julio de 1990); en el presente caso no puede estimarse que el actor recurrido haya actuado con mala fe al pretender el pago de la comisión pactada, incluso para el caso de que se tratase de operaciones realizadas directamente por el comitente sin intervención del comisionista, no pudiendo aquél pretender eximirse de sus obligaciones contractuales libremente asumidas.

Criterios interpretativos.— Si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin que sea necesario acudir a otras exégesis interpretativas que no sean las que manda el art. 1281 C.c.; interpretación gramatical que siempre presupone la interpretación, pues afirmar que una cláusula es clara implica una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad, por lo que es falso el axioma *in claris non fit interpretatio*.

Abono de comisión extraordinaria. Prueba.— La sentencia recurrida reconoce la existencia de una obligación por parte de la demandada recurrente de abonar a la recurrente una comisión extraordinaria, distinta de la del 5% a que se refiere la cláusula 2.^a del contrato de 1984, obligación que la Sala de instancia declara probada a través de la prueba obrante en autos que pone de manifiesto el asentimiento de la recurrente a su pago, que efectivamente realizó en la forma y cuantía que resulta de los documentos aportados a la demanda.

Prueba de confesión.— Tiene dicho esta Sala que la confesión en juicio prestado bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios demostrativos citados en el art. 1215 C.c., y su eficacia ha de ser apreciada libremente en conjunción con el resultado que arrojen las restantes pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales, amén de que por el principio de individualidad de aquélla, su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las posiciones (S. de 23 de junio de 1983), afirmando la S. de 24 de noviembre de 1983 que admitir una parte de un hecho, o situación compleja, no implica admitir el total, sobre todo cuando los hechos o circunstancias son de otro modo o por otro medio apreciadas, por los que siempre se ha exigido que la confesión haya de ser plena, inequívoca y clara. (STS de 9 de octubre de 1993; no ha lugar).

NOTA.— A través de la demanda y reconvencción se trata de liquidar las relaciones de representación exclusiva para la exportación a

países del Este. Resulta plenamente de aprobar la fundamentación de la desestimación del recurso. (G.G.C.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Motivos que justifican la acumulación procesal.— No el apartado 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el n.º 3.º de esta norma sería la correcta cobertura a citar por los recurrentes, puesto que, el motivo, acusa haber conculcado, en la instancia, preceptos de la Ley de Procedimiento, destinados a establecer la forma y contenido de los actos garantizadores de la corrección procesal, observación, ya de suyo, bastante para rechazar el motivo cuya inviabilidad se refuerza en cuanto la exigencia legal inexcusable de que las infracciones procesales denunciadas hayan producido indefensión a la parte que les acusa no aparece ni siquiera citada en el motivo, que, a mayor abundamiento, frente a la objetiva certeza de que, en el caso, concurre una evidente relación solidaria entre personas y empresas que justifica la concentración procesal que, a elección del actor, permite el art. 156 de la ley de Enjuiciamiento Civil, según detalladamente exponen los fundamentos de derecho cuarto de la sentencia inicial y el tercero de la de apelación, los recurrentes argumentan con la existencia de varios escritos y publicaciones periódicas de personas distintas, insistiendo en que no existe la conexidad que el juzgador razona y los recurrentes meramente contradicen, con cita de la exigencia de antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta, que para nada se opone a la acumulación ex-art. 156 de la Ley Procesal Civil, para la que basta con la conexidad causal que el juzgador, razonablemente, deriva de los fundamentos de hecho expuestos por la parte, relacionados entre sí lo suficiente como para, además de quedar excluidas las prohibiciones de los arts. 154 y 157 de la Ley, justificar el tratamiento unitario y resolución conjunta de la compleja pretensión articulada, evitando dispersiones procesales peligrosamente abocadas a decisiones discrepantes (SS. de 5 de marzo de 1956 y 12 de junio de 1985).

Intrusión ilegítima en el derecho al honor, al utilizarse expresiones ofensivas, cuyo empleo a efectos informativos era totalmente innecesario y superfluo.— Tampoco el fondo del tema propuesto ofrece mayores posibilidades de acogimiento a la vista de que la literalidad de las expresiones utilizadas en la crítica, contenida en los textos enjuiciados, del proceder del demandante «al que se tacha de sinvergüenza, de empresario sin escrúpulos que ha intentado estafar a sus lectores, de aventurero aprendiz de timador, de editor desaprensivo que realiza actos de compraventa ilícita, que plagió y hurtó todo lo que pudo», según el puntual relato de hecho que las sentencias de instancia establecen (fundamentos de derecho 9.º y 4.º de los de primera instancia y apelación), sin contradicción de los recurrentes en la vía procesal oportuna, ofrecen una perspectiva difamatoria que ha de integrarse en la intrusión ilegítima en el honor del demandante, así en su propia estimación, como en su buena fama entre los demás, incardinable, como acertadamente concluye la sentencia impugnada, en el apartado 7.º del art. 7 de la Ley 1/1982, sin que el contenido vejatorio de las expresiones anotadas se pueda considerar afectado, dada su patente innecesariedad al respecto (Sentencia de 18 de julio de 1988), por interés informativo alguno (art. 8.º de la Ley), y sí revelador de una falta de respeto a la dignidad humana desconectada de cual-

quier asunto de interés y, en general, del ejercicio del derecho y libertad de información y expresión que ampara el art. 20-1 de la Constitución Española, libertad que, en el apartado 4 del propio precepto constitucional, encuentra límite expreso cuando, como en el caso presente, el contenido de la expresión publicada es, en sí mismo, ofensivo y su empleo a efectos informativos totalmente innecesario y superfluo. (STS de 5 de octubre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, manteniendo la declaración efectuada en los órganos judiciales de instancia, considerando intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante las expresiones vertidas en Diario 16 y en la revista Cambio 16, condenando a los demandados a que solidariamente abonen al actor la cantidad de un millón de pesetas en concepto de indemnización y a que publique en el primer número de la revista Cambio 16 y del periódico Diario 16 el encabezamiento y los fundamentos de derecho 8 y 9 y la parte dispositiva de la misma. (L.F.R.S.).

3. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Deber de los grupos políticos de velar por el cumplimiento de la legalidad. Imposibilidad de fijar apriorísticamente los límites entre ambos derechos. Prevalencia del derecho a la información siempre que sea veraz y se refiera a asuntos públicos.— El Tribunal Supremo aborda en su decisión separadamente la formulación de la pregunta y la publicación del texto periodístico, hechos ambos que originaron la presentación de la demanda.

En relación con la interpelación o pregunta formulada por un Concejal al Sr. Alcalde, no puede en modo alguno considerarse atentatoria al honor del demandante, al no haber sido hecha con finalidad difamatoria del mismo, sino como único medio, dados los términos en que venía dada la noticia por la prensa, de poder cumplir con el deber que incumbe a los grupos políticos de Concejales integrantes de la Corporación municipal de velar por el cumplimiento de la legalidad en lo referente a la disposición de bienes propiedad del Ayuntamiento, como en cualquier otro asunto de su incumbencia.

En lo atinente a la publicación del texto o artículo, que nos sitúa una vez más ante el tema de las relaciones o límites entre el derecho al honor y el de libertad de información, ambos de proclamación constitucional, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º Tanto por este Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional se viene señalando que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo. 2.º Asimismo, es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, asumida, obviamente, por este Tribunal Supremo, que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.º, apartado 2 de la Constitución y que es base de toda nuestra ordenación jurí-

dico-política» (STC 16 de marzo de 1981, recogida en la de esta Sala de 17 de mayo de 1991) y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la información de la opinión pública» (STC 171/1990, de 12 de noviembre, recogida en la de esta Sala de 11 de abril de 1992). (STS de 30 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El Jefe de la Policía Municipal de una localidad en tabló demanda contra los Concejales de un Grupo Político del Ayuntamiento considerando que una pregunta formulada por uno de los Concejales al Sr. Alcalde, en relación con una información aparecida en la prensa sobre adjudicación de bienes municipales, y la publicación de un artículo en un Boletín informativo de dicho grupo, en relación con el mismo tema, contenían expresiones atentatorias a su honor, por lo que solicitaba que los demandados le indemnizaran solidariamente y se publicase el fallo de la sentencia en el mismo Boletín informativo editado por los demandados.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

4. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Primacía de la libertad de información cuando se trata de asuntos de interés público y la información transmitida es veraz.— El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 12 de julio de 1993, ha declarado que «cuando un medio de comunicación divulga declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el art. 18.1 CE, tal divulgación sólo puede disfrutar de la cobertura dispensada por el art. 20.1 CE si por un lado se acredita la veracidad —entendida como verdad objetiva— del hecho de las declaraciones del tercero, y, por otro, estas declaraciones (cuya veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de la verdad, sólo es exigible a quien declara lo divulgado) se refieren a hechos o circunstancias de relevancia pública».

La Sala del Tribunal Supremo reitera esta doctrina declarando que la libertad de información prevalece frente al honor, la intimidad y la propia imagen, cuando se trata de asuntos de interés público y la información que se transmite es veraz. (STS de 24 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Debido a un reportaje de TVE en el que el ente divulgó una nota informativa de la Guardia Civil y manifestaciones aparecidas en otros medios de comunicación social sobre la conducta del actor, magistrado, en relación con un caso de narcotráfico, concretamente, sus relaciones con uno de los sujetos implicados, su amistad con conocidos contrabandistas y sus relaciones amorosas con una mujer, el actor demandó a TVE por intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda; la Audiencia Provincial la desestimó. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

5. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y a la propia imagen y el derecho a la libertad de información. Prevalencia del derecho a la información siempre que ésta sea veraz y referida a asuntos de relevancia pública. Límites a la libertad de expresión.— Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Primera del Tribunal Supremo han dado cierta prevalencia al derecho a la información sobre el del honor, pero dicha prevalencia viene matizada por la circunstancia de que ha de tratarse de supuestos en que se transmite información objetiva, *contrastada* y veraz, rigiendo, por el contrario, el límite impuesto en el art. 20.4 CE en los supuestos en que no concurren tales circunstancias. Y más concretamente, la jurisprudencia señala que «...la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio y reprobables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento», «...es regla general en el ámbito del Derecho Constitucional comparado, que el derecho a la libertad de prensa y de expresión vengán sujetas a limitaciones, entre las cuales se encuentra, precisamente, la del respeto de los derechos de los demás» «...es de apreciar un resultado que lesiona el honor, en sus aspectos de propia estimación, del quebrantamiento del respeto que se debe a toda persona y de la buena fama frente a los demás... este resultado, como elemento objetivo, no bastaría para la estimación de la demanda, si obedeciese a una información veraz... tal falta de veracidad lleva consigo la descalificación de la intención o elemento subjetivo» y «...esta protección al honor entra con frecuencia en colisión con el derecho a la información, uno de cuyos límites es el derecho al honor... con la exigencia de que la información sea veraz, objetiva en todo caso y no venga presidida por un ánimo de desmerecer a la persona sobre la que se informa» (Sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo de 1987, 5 de mayo y 11 de octubre de 1988, 28 de abril de 1989 y 4 de enero de 1990).

Si bien es cierto que el art. 20 CE reconoce y protege los derechos a la libertad de expresión e información, no lo es menos que tales derechos no pueden ejercerse de manera incondicional o absoluta ya que el mismo precepto, en su número 4, establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, los cuales se encuentran garantizados en el art. 18 CE, y su protección jurisdiccional, en el ámbito civil, se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: — que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de su garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al

pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información de la otra, —y que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, y 14 de febrero y 30 de marzo de 1992). (STS de 2 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Debido a un artículo aparecido en un periódico, en el que se imputaba al actor la realización de una estafa cometida como gerente de una empresa pública, dicho actor interpuso demanda sobre lesión del derecho al honor contra el director del periódico y la entidad mercantil editora del mismo.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación (En el caso concreto, las expresiones «estafa» e «indicios de estafa» sólo figuraban como cabecera en los titulares del reportaje y no se imputaban a la persona determinada del gerente, sino que se empleaban en relación con la empresa, se anteponían a «en el Consorcio»). (E.A.P.).

6. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Imposibilidad de fijar apriorísticamente sus respectivos límites. Prevalencia del derecho a la información, salvo cuando se zahiere sin motivación. Diferencias entre los derechos a la libertad de expresión y a la información.— La Sala emite en línea de principio la siguiente síntesis jurisprudencial, siguiendo entre otras las sentencias de 26 de febrero de 1992 y 16 de enero de 1990, que dicen así: «...en torno al juego del derecho, en este caso, al honor, así como al ejercicio de la libertad pública relativa a la expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones mediante escritos, existe ya un cuerpo de doctrina bien reiterado que cabe sintetizar, entre otras, en la STS de 16 de mayo de 1988: "para la adecuada y correcta resolución del presente litigio (y de muchos análogos planteados con frecuencia en nuestros días), conviene tener presente, a modo de consideraciones básicas y fundamentales, que el art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y

que, frente a él, el art. 20.1 reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (apartado a) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (apartado d). Uno y otro precepto tienen su sede, como es bien sabido, dentro de la Sección 1.^a (de los derechos fundamentales y de las libertades públicas), Capítulo II (derechos y libertades) del Título I de nuestra Ley Fundamental (Derechos y deberes fundamentales), preceptos que por lo que concierne a la primera de estas materias han sido complementados por la L.O. de 5 de mayo de 1982 sobre Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, verdadero desarrollo legislativo del citado art. 18 y de la tutela a los ciudadanos del art. 53.2 CE y, en consonancia con el mismo, la D.T. 2.^a de la L.O.T.C. de 3 de octubre de 1979. La posible colisión entre uno y otro derecho, configurados ambos como fundamentales y dignos de protección constitucional, ha dado lugar ya a una nutrida jurisprudencia, tanto por parte del TS como del TC debiendo destacarse en una y otra la referencia a la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que no excluye el convencimiento de que —en línea con la más decidida y avanzada jurisprudencia constitucional— el art. 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1, apartado 2 CE, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (STC de 16 de marzo de 1981). En esta misma línea el Tribunal ha puntualizado que la CE otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (STC 17 de julio de 1986), afirmando expresamente la posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) (STS 12 de diciembre de 1986)... Este planteamiento básico y su adecuada interpretación explica y justifica que, conforme a la declaración programática del art. 18.1 CE, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de incuestionable rango constitucional, ofrezcan suficiente entidad para que, precisamente a tenor del citado art. 20.4 CE, tales derechos vengan a constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión recogida en el propio texto constitucional. Y de ahí que la L.O. sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982, al fijar el ámbito en que han de desenvolverse los derechos regulados en que el art. 2 enumera una serie de supuestos de vulneración de tales derechos que se rubrican en el n.º 7 del art. 7 como los tendentes a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando implique difamación o desmerecimiento en la consideración ajena. Ahora bien, como ya ha puntualizado la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1988, este derecho ha de ser concebido y puesto en relación con los derechos de expresión y de comunicación informativa, debiendo recordarse respecto a éstos que, como precisó la STC de 21 de enero de 1988, los derechos consagrados en el art. 20.1, apartados a) y d), presentan un contenido distinto y diferentes límites y efectos, pues mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, que abarcan incluso las creencias, por su parte el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre los hechos que pueden denominarse como noticiables en el común sentir social, de modo que, como ya precisó la sentencia de 8 de

julio de 1976 del Tribunal de Derechos Humanos y puntualizó al respecto la STC de 23 de noviembre de 1983, la comunicación informativa a que se refiere el art. 20.1 d) CE, versa exclusivamente sobre hechos; pero con tal entidad específica que tales hechos puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que sujeto primario de la libertad de información y del correspondiente derecho a recibirla es toda la colectividad y cada uno de sus miembros...».

En el caso de autos, en el que se alegaba el carácter de autoridad pública del actor y el dato de que se virtieron las frases en campaña electoral, la sentencia reproduce la dictada por la Sala en 20 de mayo de 1993, conforme a la cual, «...no es posible al Tribunal que juzga silenciar el pero de la aplicación ineludible de la ley, que si bien permite, en una versión aplicatoria de acomodación al caso litigioso adecuar o flexibilizar su efecto sancionador cuando a ello hubiere lugar, en el caso de autos no cabe ninguna laxitud interpretadora, cuando el *factum* de partida que refleja la instancia abunda en epítetos como los transcritos, ya que tales expresiones no se justifican cualquiera que sea el sentido de máxima discreción en una crítica según lo antes razonado, y que por ello sería hasta de forzada hermenéutica no entender la subsunción automática de la intromisión tipificada en el citado art. 7 número 7, cuando se califica como tales «la divulgación de expresiones... concernientes a una persona cuando... la haga desmerecer en la consideración ajena»; y concluye afirmando que los calificativos vertidos por el demandado recurrente (tales como «desfachatez», «descaro», «desvergüenza», «chanchullo», «bellaco», «astuto», etc.) tienen tal sonoridad y expresividad que, desde luego, suponen un desmesurado uso de la libertad de expresión, en el lenguaje empleado, porque a través de las mismas, se zahiere de forma clara y evidente, y sin motivación alguna (sin que sea atendible para justificarlos que se vertiesen durante la campaña electoral), lastimando no sólo la trayectoria profesional, como tal autoridad del demandado, sino incluso su propia persona y la imagen que la misma representa, lo que repercute en la reputación o merecimiento, estima o prestigio que de ello tienen los demás. (STS de 3 de diciembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Debido a la publicación de varios artículos en la prensa, con duras expresiones y acusaciones contra su persona, el actor, Alcalde y Diputado autonómico, interpuso demanda contra el periodista sobre protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda; la Audiencia Provincial revocó la anterior sentencia, desestimando la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Sentencia. Requisitos formales.— Es notoria, por lo reiterada, tanto en el orden jurisdiccional penal como en el civil, la doctrina jurisprudencial que mantiene que las afirmaciones fácticas que contengan las sentencias, sea cual fuere el lugar de su radicación, son de puro hecho y como tales deben ponderarse para la adecuada y justa resolución que proceda.

Causa de los contratos. Simulación de contrato.— El artículo 1277 del Código Civil, establece una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por la prueba en contrario; prueba que puede intentarse por cualquiera de los medios admitidos en el artículo 1215 del Código citado, entre los que se encuentran las *presunciones*; sin que, cuando se estima destruida la presunción legal —contenida en el primero de los preceptos citados— suponga ello una inversión de la carga de la prueba, sino, simplemente, que el Juzgador ha valorado las pruebas de ambas partes y ha formado su convicción.

Estimación de las presunciones.— Corresponde al Tribunal sentenciador, si bien el Tribunal de casación puede censurar el juicio lógico que el de instancia formule, cuando notoriamente falte, como dice el artículo 1253 C.c., al enlace preciso y lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano. Debiendo tenerse especial cuidado en no confundir las presunciones de las meras conjeturas. (STS de 7 de junio de 1993; no ha lugar). (M.L.V.A.).

8. Fraude de acreedores: el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta incluye, además del engaño, la insolvencia del deudor.— Según ha declarado esta Sala (sentencia de 29 de febrero de 1927) el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta envuelve, además de el engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguiente imposibilidad de cobrar su crédito al acreedor a quien se pretende defraudar, según corroboran los arts. 1291 y 1297. Siendo de esencia la devolución de los bienes adquiridos fraudulentamente, como se deduce de las sentencias de 8 de mayo de 1926, 2 de junio de 1973, y otras; debiendo, por último, resaltarse, como concreta la sentencia de 14 de enero de 1935, que la insolvencia del deudor se determina no sólo por la imposibilidad de pago completo sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito. Todo ello sin descuidar el carácter que actualmente tiene la acción pauliana como recurso judicial de los acreedores, influida de cierta objetividad a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el «*consilium fraudis*».

Acción rescisoria por fraude de acreedores: la indemnización de daños y perjuicios, al ser imposible la devolución de las cosas objeto del contrato, no altera la «causa de pedir» ni produce incongruencia.— Se ejercitó en la demanda una acción rescisoria por fraude de acreedores, acción que de ser estimada lleva consigo, según el artículo 1295 del Código Civil, la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, y al no poder realizarse esa devolución por hallarse las cosas en poder de terceras personas que no procedieron de mala fe, procede, según el indicado precepto legal, la indemnización de daños y perjuicios, que por la Sala «a quo» se acordó como consecuencia ineludible y necesaria de la rescisión por fraude y para que la declaración de rescisión no quedara reducida a una mera declaración totalmente ineficaz. Siendo así es evidente que al añadir a la rescisión la indemnización correspondiente, al no poderse entregar las cosas, no se alteró en absoluto la causa de pedir, ni se le impidió al recurrente defenderse con la amplitud que la ley permite, ni por supuesto hubo sustitución alguna de las cuestiones debatidas, ni se resolvió sobre pretensiones distintas, toda vez que, como ya se dice, lo acordado fue consecuencia necesaria para que la sentencia

acordando la rescisión no fuese totalmente baldía e inútil. Así la jurisprudencia de esta Sala confirma inequívocamente tal conclusión al declarar que la sentencia debe guardar el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, fijando todos los extremos que la complementen y contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, atendiéndose a la esencia de lo pedido y no a su literalidad, con respeto absoluto de los hechos (sentencias de 8 y 26 de octubre de 1992), lo que permite desde luego señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate (sentencias de 30 de julio, 5 de octubre y 18 de septiembre de 1991 y 23 de marzo de 1992, entre otras), como ocurre, sin duda con las consecuencias consustanciales a la estimación de una acción de rescisión de contratos por fraude de acreedores. **(STS de 28 de octubre de 1993; no ha lugar).**

HECHOS.— Doña Jovita R.R. estaba casada con don Antonio P.A. habiendo obtenido su separación matrimonial en 1986, fijándosele por el Juzgado un auxilio económico de 20.000 pesetas mensuales a cargo del marido. A causa del impago por éste último de tal auxilio, la esposa obtuvo, en el Juzgado de Primera Instancia, embargo de bienes de su esposo, con el fin de enjugar los débitos existentes, embargo que se efectuó el 3 de marzo de 1987 y que recayó sobre las fincas «Los Pinos» y «El Mesoncillo», ya que el marido no tenía dinero ni otros bienes que dichas fincas, cuyo usufructo ostentaban los ya fallecidos padres del deudor. Días después de practicada la traba, don Antonio P.A. y sus difuntos padres, vendieron en escritura pública los derechos que ostentaban, nuda propiedad y usufructo, sobre las fincas antes indicadas, venta que se efectuó a un matrimonio, que, a su vez, se apresuró a revender las fincas el 1 de abril de 1987, inscribiéndose las fincas a favor de los respectivos compradores. Doña Jovita R.R. interpuso demanda de menor cuantía sobre nulidad de contratos de compraventa. En primera instancia se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; en segunda, se estima parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (P.-J.F.L.).

9. Acción rescisoria de enajenación en fraude de acreedores. Presu- puestos de ejercicio.— El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los arts. 1111 y 1291 y siguientes del Código Civil en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena; el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación, y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

Cuestiones de hecho.— Ha de tenerse en cuenta, dado que el motivo se acoge al ordinal 5.^o del art. 1692 de la Ley Procesal Civil, por infracción de los preceptos que se indican, que tanto la presencia o ausencia de fraude, como la apreciación de la imposibilidad que el acreedor tiene de satisfacerse en su crédito a consecuencia del acto realizado por el deudor, así como la de-

terminación de la insolvencia del deudor, todas ellas son cuestiones de hecho, como tales apreciables por el Tribunal de Instancia, de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen tales hechos con éxito a través del número 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sentencia de 17 de julio de 1990—, doctrina reiterada en las sentencias de 7 de febrero de 1991 y 26 de noviembre de 1992, y que por sí sola basta para rechazar el motivo al no haberse impugnado y destruido las bases fácticas de la sentencia recurrida.

Requisito del «consilium fraudis».— Quedando probado que vendedor y comprador tenían conciencia del perjuicio que se causaba al acreedor del vendedor, no es necesario que se dé, para apreciar el fraude, la intención o ánimo de perjudicar, bastando la conciencia del perjuicio.

Requisito de la subsidiariedad.— En cuanto al requisito de la subsidiariedad como exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291,3.º del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, reconocido en el art. 1294 del mismo Código, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, igualmente resulta declarado por la sentencia de instancia y resulta de la insolvencia del deudor y de la ineffectividad de la acción ejecutiva emprendida por el acreedor para hacerse pago del crédito que ostentaba frente a la sociedad codemandada. (STS de 14 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— En la demanda, que fue estimada en primera instancia, el actor solicitó la rescisión por fraude del contrato de compraventa celebrado entre los demandados. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (A.R.M.).

10. Opción de compra: Calificación del contrato.— Conforme a los términos claros en que se expresa la literalidad del documento base del pleito nos hallamos en presencia de un contrato de opción de compra al contener los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala: a) concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra; b) el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; c) determinación del plazo para el ejercicio de la opción; siendo un elemento accesorio el pago de la prima, que en este caso no fue convenido.

Unilateralidad: No desaparece por pactarse obligaciones accesorias a cargo del «cedente» de la opción.— La obligación asumida por el «cedente» de la opción de gestionar un préstamo hipotecario es un compromiso posterior al cierre por agotamiento de la opción de compra, cuya esencia estructural y definitiva radica en la decisión unilateral de la aceptación de la compraventa dentro del plazo convenido, lo que ha de ponerse en conocimiento del eventual vendedor o «cedente de la opción» y por el precio estipulado; por otra parte, tal obligación accesorio era obligación asumida por ambas partes contratantes.

Acción reivindicatoria. Concurrencia de sus requisitos.— Procede integrar el *factum* correctamente, a cuyo efecto es de ver con patente nitidez que el doc. núm. 2 de los aportados a la demanda comporta un reconocimiento de la ocupación sin título de las naves o locales que en el doc. núm. 1 figuran remarcadas en azul, procediendo estimar la reivindicatoria ejercitada sobre los mismos puesto que se ha puesto de relieve la titulación de los demandados-reconvinientes, la ocupación sin título del actor reconvenido, y la identificación gráficamente expresada en las actuaciones. (STS de 15 de octubre de 1993; ha lugar). (G.G.C.).

11. Incumplimiento definitivo de las obligaciones: la manifiesta voluntad del deudor de no cumplir.— Aparece probado que la entidad «U.A., S.A.» no ha incurrido en incumplimiento del contrato, cuya apreciación siempre requiere una conducta deliberada y pertinaz que frustre el fin del mismo, lo que aquí no ha ocurrido, sino que en todo momento ha estado dispuesta a cumplirlo, dentro del plazo estipulado y en las condiciones esenciales concertadas.

El contrato de opción de compra.— El llamado contrato de opción de compra (aunque, como todo contrato, requiere un concurso previo de voluntades entre el concedente de la opción y el concesionario de la misma u optante), desde el punto de vista de las obligaciones que nacen del mismo (salvo en el supuesto de que se haya estipulado el pago, por el optante, de una prima por la concesión de la opción) es un negocio unilateral, por cuanto sólo crea obligaciones para el optatario o concedente de la opción, el cual queda obligado a no disponer del bien ofrecido y a mantener la oferta, que es vinculante para dicho promitente o concedente, quien no puede reiterarla o desconocerla durante el plazo de la opción, dentro del cual el optante, si conviene a su derecho (aunque sin obligación alguna contraída al respecto), puede hacer uso de la misma, en cuyo caso (consumada ya la opción) queda perfeccionado, sin más, el contrato de compraventa respectivo. (STS de 21 de julio de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Los demandantes solicitaron que el contrato que suscribieron con la empresa demandada fuese declarado resuelto, por incumplimiento de esta última de las condiciones pactadas. La sentencia del Juez de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvención formulada por la demandada, condenando a los actores a otorgar la oportuna escritura de compraventa. La Audiencia Provincial, por el contrario, estima la demanda y declara resuelto el contrato. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, entendiendo que la entidad demandada no ha incurrido en incumplimiento del contrato litigioso. (J.B.D.).

12. Compraventa que encubre una donación. Su validez. La simulación.— En este caso hay que partir de la base de que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de Instancia. También es una cuestión de hecho determinar si existe o no consentimiento contractual, ya que la concurrencia de los requisitos para la existencia del contrato es cuestión de hecho y su constatación es facultad de los Tribunales

de Instancia. De la misma forma, tal como han señalado respetadas Sentencias del Tribunal Supremo, hay que entender que las irregularidades en el precio de la compraventa son insuficientes para determinar «a fortiori» una causa ilícita del contrato. De modo que en justicia puede mantenerse que si la doctrina de esta Sala reconoce que la afirmación de la inexistencia del precio en el contrato de compraventa supone la falsedad de la causa y no determina la presunción de que ésta fue otra de liberalidad que la convierte en uno de donación, cuando aparte de aquella declaración se dan elementos positivos que conducen al Juzgador a reconocer el «animus donandi» y la realidad de un contrato de donación, dotado de escritura pública de compraventa con aceptación expresa y concluyente de los intervinientes, esto determina la existencia de una causa verdadera y lícita que da lugar a la plena validez del contrato, contrato que reviste el carácter de donación plena e irrevocable, aunque sea bajo apariencia de compraventa.

Acción de revocación de donación por ingratitud.— La ingratitud debe referirse a conducta socialmente reprobable pero con base en acciones que puedan ser delictivas aunque no formalmente declaradas tales, quedando excluidas aquellas conductas de enfrentamientos dialécticos entre hermanos por cuestiones particulares sin trascendencia social, aunque repercutan en cierta medida sobre el donante en su caso, favorecedor de sus descendientes; por ello no concurre en el caso ahora examinado lo que se entiende por ingratitud en sentido propio, como «desagradecimiento, olvido o desprecio de los beneficios recibidos» de la recurrente. (STS de 13 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado número 7 de los de Barcelona desestimó la demanda presentada por D. J.T.C. contra su madre D.^a D.C.D. de privación de derecho de usufructo y de nulidad de contrato de compraventa. La Audiencia desestimó el recurso. El TS no estimó el recurso de casación. (A.J.C.).

13. Compraventa. Resolución del contrato.— En el caso de que las partes de común acuerdo hayan optado por la resolución de un contrato de compraventa no concurren los supuestos fácticos contemplados en los artículos 1.504 y 1.124 del Código civil, pues ambas partes coinciden pacíficamente en que tal contrato se resolvió de mutuo acuerdo ante la imposibilidad de pago acreditada por la suspensión de pagos de la empresa del actor.

Oferta unilateral: Su duración.— El problema relativo a la retirada o desistimiento de la oferta adquiere mayor relevancia en casos como el presente de falta de concreción del plazo de venta en el que permanece viva aquélla, pues junto al sector doctrinal que sostiene que el proponente pueda retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación, otro sector mantiene que es exigible en atención a la seguridad del tráfico, una cierta duración, que cuando no está fijada de manera taxativa, dependerá de factores referentes a las circunstancias subjetivas y objetivas del negocio concreto que, en definitiva, hagan posible su seriedad y viabilidad. En el caso concreto que se examina, el transcurso de seis años desde la formulación de la oferta y la naturaleza del negocio (urbanización de

terrenos) explica y justifica la razonabilidad de la revocación y la extemporaneidad de la aceptación producida una vez que el recurrente supo que el ofertante daba por cancelada su oferta. (STS de 3 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Entre el actor y el demandado se celebró un contrato de compraventa, después resuelto de común acuerdo debido a la precaria situación económica de aquél, en el que el primero compraba una cuarta parte indivisa de 80.000 metros cuadrados para su urbanización. No obstante el demandado le ofreció unilateralmente la posibilidad de que el actor pudiera rescatar su participación mediante el pago de una determinada cantidad. El Juzgado de 1.^a Instancia número Uno de los de Santa Cruz de Tenerife desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y el TS destimó el recurso de casación. (A.J.C.).

14. Compraventa de inmuebles. Art. 1504 del Código Civil.— La acción ejercitada en la reconvencción, es la resolutoria por incumplimiento del contrato de 7 de octubre de 1986 y la acción de indemnización de daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento resolutorio.

Negada por los Tribunales de instancia la renuente conducta contractual del demandado en reconvencción, que produjera un verdadero incumplimiento en el sentido de frustrar la legítima expectativa del contrato, deviene inaplicable el artículo 1504 del Código civil, lo que así declara la Sentencia de casación, haciendo aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de que el juzgador aprecie la ausencia de una auténtica voluntad resolutoria y la falta de un oneroso y comprobado propósito de incumplimiento que, en Sentencia de fecha 28 de enero de 1944, se estima suficiente para no dar lugar a la resolución. (STS de 8 de junio de 1993; no ha lugar). (M.L.V.A.).

15. Arrendamiento de local dedicado a oficina de farmacia: Notificación de traspaso por arrendataria: Ejercicio de tanteo por el arrendador: Documento privado de ejecución de contrato y compromiso: Interpretación de la «entrega de las llaves del local de farmacia y su actividad»: Intención de los contratantes: Actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato.— El buen hacer jurídico de los juzgadores de instancia les impulsó a indagar la intención con base en cuanto constase en autos, y en tal sentido relacionan la palabra «actividad» que sólo figura en el llamado documento de «ejecución de contrato y compromiso» con los documentos de oferta y aceptación, en los que no figura tal palabra, llegando a la conclusión de que lo adquirido por el arrendatario no es el negocio o empresa de farmacia, como también se deduce de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato; en efecto, 14 días antes de suscribirse la «ejecución» del tanteo ejercitado, la arrendataria comunica al Colegio su propósito de proceder al traslado; nada se había hablado de actividad negocial ni de la titularidad de la Farmacia, que requería, en el acontecer normal de las cosas, un clausulado específico, incluso con asesoramiento de Letrado; al rescatar el propietario la posesión, no tenía que continuar ejerciendo la industria o comercio según el art. 38 LAU 1964; el propietario anuncia que alquila el local, convierte la

ventana en puerta cochera, no recurre la resolución administrativa que le negaba autorización para abrir la farmacia, con lo que causaba estado la imposibilidad de conservar la oficina para su hija que estaba cursando estos estudios; por su parte la arrendataria, hecho el traspaso, retira el letrero que anunciaba la farmacia, solicita el traslado a otro local y obtiene en el mismo autorización de apertura, y a continuación transmite la propiedad de la farmacia sita en el nuevo.

Arrendataria que traslada la oficina a local de su propiedad y la enajena a tercero: Inexistencia de enriquecimiento injusto.— Si la titularidad de la oficina de farmacia se hubiere transmitido dos veces, se posibilitaría la aplicación de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, pero sentado y no desvirtuado que a los actores sólo se les transmitió, en fase de ejercicio consensuado del tanteo, el local, instalaciones y anaquelерías, conservando la arrendataria la titularidad de la farmacia que trasladó a otro local, transmitiendo después la titularidad de ésta a la farmacéutica codemandada, es llano que existen dos relaciones jurídicas plenamente diferenciadas, con objetos jurídicos diversos, y que la arrendataria recibió contraprestaciones distintas por prestaciones diferentes, lo que impide estimar la concurrencia de enriquecimiento injusto.

Participación en el traspaso: Interpretación de su deducción del precio por el arrendador tanteante.— Es cierto que el art. 41.3 *in fine* LAU 1964, dispone que si el arrendador ejercita el derecho de tanteo sobre el local únicamente no podrá hacer deducción alguna, pero ello no significa que por el hecho de haberse pactado tal deducción se le atribuya, además del local y anaquelерías, el negocio de farmacia ni la titularidad del mismo, pues tal cosa no se pactó, según la interpretación que se acepta.

Régimen administrativo de las oficinas de farmacia.— Si se hubiera querido continuar con el negocio mediante la interposición de un regente, se hubieren adquirido también las existencias, y no sólo las aludidas instalaciones y anaquelерías, lo que acredita una vez más el acierto de la Sala de Instancia, resultando innecesario referirse a la oficina de farmacia, pues aunque no fuese tal el negocio, éste no se habría transmitido; en todo caso es de plena aplicación el art. 5.º 3 del Decreto de 14 de abril de 1978, en cuanto dispone que la cesión, traspaso o venta del local donde estuviere instalada una oficina de farmacia para otros fines distintos, no está sujeta a lo establecido en este Real Decreto.

Principio constitucional de igualdad.— Se sostiene que hay discriminación en cuanto al arrendador en sus derechos reconocidos en el art. 41 LAU de 1964, por su condición subjetiva y personal de no ser farmacéutico, aunque sea médico; pero ello hace supuesto de la cuestión dado que el arrendador no ejercitó la facultad que le concede el art. citado de adquirir el negocio mismo; por otra parte debe recordarse la doctrina constitucional de que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una determinada materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquéllas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. (STS de 30 de septiembre de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Sentencia notable (Pte. Sr. Fernández-Cid de Temes) porque, no obstante la complejidad de los hechos, contiene una clara y precisa determinación del *factum* en el primer FD; de gran actualidad porque incide en la problemática que plantean los locales dedicados a oficinas de farmacia; de interés dogmático por constituir un supuesto de ejercicio voluntario del derecho de tanteo, lo que si bien suele aconsejarse teóricamente suele darse poco frecuentemente en la práctica, con el valor añadido de la singularidad de este derecho real de adquisición que recae *in re propria*; y que si bien ya no se planteará en el futuro para los nuevos contratos celebrados a partir del 1 de enero de 1995 (salvo configuración negocial), no dejará de suscitarse con alguna frecuencia como problema de derecho transitorio.

La sentencia no plantea la anterior discusión doctrinal acerca de si el derecho de tanteo puede ejercitarse cuando con el local arrendado se cede la industria o negocio, sino que da por supuesta una respuesta afirmativa (en tal sentido y con carácter general FUENTES LOJO, *Suma*, I [Barcelona 1983] p. 526 y ss.). El problema es una *quaestio voluntatis*, y consiste en determinar si la voluntad de las partes fue la de que la preferencia ejercitada por el arrendador recayera también sobre la industria o negocio. Me parece acertado el análisis que se realiza de los documentos aportados así como de la conducta de ambos contratantes. De modo inequívoco la arrendataria traslada las existencias a otro local de su propiedad y solicita al Colegio intalar la farmacia que anteriormente tenía en el local cuya posesión había restituido el arrendador; unos meses más tarde solicita y obtiene del Colegio autorización para traspasar la farmacia que regenta a la misma persona a la que inicialmente se proponía traspasar el local arrendado. El arrendador que recuperó el local inicialmente da pruebas inequívocas de no continuar con la oficina de farmacia (sólo era médico y no farmacéutico) sino que lo pone en alquiler, si bien cuatro años más tarde solicita infructuosamente del Colegio que se le autorice la oficina de farmacia para una hija suya que ha terminado la carrera. El resultado interpretativo a que llega la sentencia me parece muy acertado, aunque debe advertirse que, de haber sido otro, el negocio hubiera sido de imposible cumplimiento por razones administrativas. La conclusión parece clara: los derechos reales de adquisición preferente que la legislación arrendaticia derogada atribuía al arrendador son ejercitables en el caso de lo cedido por el arrendatario, sea la misma industria o negocio, pero deberán cumplirse las disposiciones administrativas sobre transmisión *inter vivos* de la oficina de farmacia (G.G.C.).

16. Arrendamiento de local para exposición: Resolución instada por arrendador por inexecución de obras pactadas: Art. 1556 C.C.: Contrato sujeto al Decreto-Ley Boyer.— Se trata de un local comercial, compuesto de varias dependencias, arrendado para la exposición y venta de muebles, bajo la condición de que la arrendadora realizase determinadas obras, según proyecto aprobado por el Ayuntamiento; procede la aplicación del art. 1556 C.c., que no es más que una especialización del principio más general que contiene el art. 1124 C.c. según enseña la jurisprudencia, no siendo necesario el incumplimiento pleno, sino que basta el incumplimiento relativo o parcial siempre que impida la realización del fin del contrato, esto es, la com-

pleta y satisfactoria utilización del local arrendado según los términos convenidos, debiendo advertirse que se ha superado jurisprudencialmente la exigencia de una voluntad rebelde y deliberada al cumplimiento, siendo suficiente la frustración del fin del contrato para la otra parte y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. (STS de 18 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— La doctrina de esta sentencia anticipa el contenido del art. 27.1 de la nueva LAU de 1994, y resulta plenamente de aprobar (G.G.C.).

17. Arrendamiento de local de negocio anterior al Decreto-Ley Boyer: Resolución por obras no autorizadas: Autorización por comunero.— Si bien es doctrina de esta Sala la de que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado, constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición, por lo que cuando los arrendadores son los copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere el consentimiento unánime de todos los condueños, también tiene declarado esta misma Sala, sin que ello entrañe contradicción alguna con la doctrina expuesta, que cuando el condueño-coarrendador que, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario, manifiesta a éste que se le concede autorización para la realización de unas obras, dicha manifestación libera de responsabilidad al arrendatario por la ejecución de las mismas, toda vez que el referido arrendatario no tiene intervención alguna en el régimen interno de la comunidad, ni posibilidad, por tanto, de conocer la forma de adopción de sus acuerdos, por lo que basta con la manifestación del condueño con quien se relaciona normalmente en nombre de la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquél ante ésta; el criterio contrario iría, no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe, recogido con particular relieve en el art. 9.º LAU de 1964, dándose la circunstancia de que el condueño-arrendador era también accionista de la sociedad arrendataria. (STS de 19 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— Sentencia notable (Pte. Sr. Morales Moreno), no sólo por pertenecer al reducido porcentaje de las estimatorias, sino por efectuar una pormenorizada valoración de los hechos a través de la prueba practicada (especialmente, confesión y testifical) lo que conduce a poner reiteradamente de manifiesto los errores en que incide la sentencia apelada, con cierta dureza («censurable omisión» en cuanto a la fijación de los hechos probados). Me parece acertado que el TS llame la atención a los Tribunales de Instancia sobre la insuficiente determinación del supuesto fáctico, de la que depende una buena aplicación del derecho.

El supuesto ofrece cierta singularidad: En 1984 los dos propietarios proindiviso de un local arriendan a una S.A., con una cláusula de expresa autorización de obras de adaptación. De la sociedad arrendataria son accionistas (no se dice si mayoritarios) uno de los arrendadores y su esposa. Se invoca como causa de resolución las obras

realizadas en 1985, con carácter distinto de las de adaptación; pero se declara probado que uno de los arrendadores había autorizado las obras, al parecer verbalmente, manifestando que el otro condueño prestaba también su consentimiento. No influye en el pleito el hecho de que dicho arrendador autorizante se separara de su esposa y dividida con ella, tanto la propiedad del local como el paquete de acciones que ostentaba de la sociedad arrendataria. No deja de ser curioso que el desahucio se interponga por la esposa separada (accionista de la arrendataria) y por el otro condueño, que resulta ser su hermano.

Bajo la LAU de 1964, la sentencia es acertada; solicitar el desahucio de una sociedad en la que se participa requiere una transparencia que en el pleito no se advierte. La invocación de la buena fe resulta pertinente.

¿Resulta aplicable la doctrina de esta sentencia a la Ley de 1994? Parece entenderlo, al citarla expresamente, CLEMENTE MEORO en su comentario al art. 27, en *VVAA, Comentarios a la nueva LAU* (Valencia 1994) p. 263. Por mi parte entiendo que debe matizarse: en lo relativo a la validez de la autorización dada por el comunero que trata normalmente con el arrendatario, y que manifiesta contar con la autorización del otro comunero, entiendo que debe considerarse doctrina subsistente; sin embargo no debe olvidarse que la nueva LAU en materia de obras ha reforzado los derechos dominicales exigiendo que el consentimiento conste por escrito (art. 23.1), circunstancia que no parece concurrir en el supuesto de esta sentencia. (En general, sobre esta causa de resolución en la nueva ley *vide* GARCIA CANTERO, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por X. O'Callaghan [Madrid 1995] p. 401 y ss.). (G.G.C.).

18. Contrato de obra: Fijación judicial del precio.— Si el convenio existe, aunque de forma verbal, perfeccionándose los contratos por el mero consentimiento, habiéndose obligado la actora —contratista— respecto de otra persona —la demandada comitente— a la obtención de un resultado previsto por los contratantes, con aportación por aquél de los materiales, pero corriendo el contratista con el riesgo del pericimimiento de lo construido, mientras la entrega no se efectúe, es llano que nos encontramos ante un contrato de obra en el que sólo falta por concretar el precio, respecto del cual existe absoluta discrepancia entre los contratantes, sin que ninguno consiga probar sus observaciones, siendo la obra una realidad física, tangible, no pretendido siquiera un ánimo de liberalidad, es indudable que corresponde a los Tribunales determinar la contraprestación, que es el problema discutido, mediante una interpretación acorde con las reglas de la sana crítica, pues el problema planteado no puede tacharse de infrecuente, y por ello el T.S. ha completado o aclarado el art. 1544 C.c., en el sentido de que el requisito del precio cierto existe aunque no se fije de antemano —a lo que equivale, que no se pueda probar esa fijación antecedente—, por cuanto puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (Sentencias de 16 de enero, 21 de octubre y 25 de noviembre de 1985), o cuando lo fija el juzgador según el resultado de la prueba practicada (Sentencia de 16 de junio de 1984), sentando incluso la Sentencia de 3 de octubre de 1986 que el hecho de que originariamente se hable de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones posteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la ejecutada.

Integración del contrato.— De una parte, es cierto que la parte actora no pudo acreditar la realidad de los presupuestos que presentó, por no estar firmados, y, por otra, la demandada, no se limita a negar, sino que afirma que se pactó determinado precio lo que no logra probar, ante lo cual y dada la realidad de las obras, se interpretó e integró el contrato conforme la doctrina jurisprudencial consignada. (STS de 4 de septiembre de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Sentencia importante (Pte. Sr. Fernández-Cid de Ternes) por aplicar la doctrina de la integración del contrato, cuyos límites no resultan fijados claramente en la doctrina (cfr. últimamente GARCIA AMIGO, *Integración del negocio jurídico*, RDN 1980, p. 177 y ss.; LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, RDP, 1980, p. 50 y ss.; VATTIER, *La interpretación integradora del contrato en el C.c. ADC*, 1987, p. 495 y ss.). La Sentencia parece equiparar el hecho de la no fijación previa del precio con la falta de prueba de esa fijación antecedente; pero una cosa es la interpretación de un contrato que consta de todos los elementos esenciales y otra la determinación *ope iudicis* de uno de los mismos. Podría traerse a colación el principio de conservación del contrato apoyado en razones de equidad (G.G.C.).

19. Existencia de vicios constructivos. Responsabilidad decenal de Arquitectos; la solidaridad sólo se produce ante la imposibilidad de individualizar responsabilidades.— La sentencia recurrida no contempla una acción plural en los vicios constructivos; muy al contrario, estima que se puede deslindar la causa que los produjo y, consiguientemente, a la vez que congruentemente, deslinda responsabilidades sin atribuir las a los Arquitectos por deberse tales vicios a «defectos en la ejecución de la obra», lo que no atañe al proyecto ni a la alta dirección o dirección mediata, debido precisamente, a que existe otra inmediata, la de los Aparejadores, y la de los constructores, que está expresamente contemplada en el art. 1591 que se dice inaplicado, volviendo a repetirse que la Audiencia nada podía resolver sobre ello al no apelarse la absolución de los mismos. Por último, la solidaridad sólo se produce cuando hay imposibilidad de individualizar responsabilidades.

Incongruencia.— Si la congruencia ha de medirse por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndolas más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgando cosa distinta de lo solicitado por una y otra parte, llano es que cuando se desestima parte de la pretensión actora, a la que se opuso la demandada y se explica, razonándolo, el por qué de dicha desestimación, podrá atacarse ésta por cualquier otra circunstancia, pero nunca por una inexistente incongruencia.

Prueba pericial. El art. 1.591 no es norma valorativa de prueba.— La prueba pericial es prueba documentada, mas no documental, y tampoco contiene normas tasadas de crítica, sin venir obligados los Jueces y Tribunales a asumir el dictamen, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; el art. 1591 no es norma valorativa de prue-

ba y sólo puede resultar infringido si de los propios hechos declarados probados resulta inadecuada la conclusión jurídica obtenida; se pretende, en definitiva, convertir la casación en una tercera instancia, mediante una nueva valoración de la prueba practicada, lo que no está autorizado en este extraordinario recurso. (STS de 6 de septiembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de Propietarios de un inmueble ejerció acción de responsabilidad decenal, por vicios ruinógenos, contra promotora, constructora, Aparejadores y Arquitectos. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó exclusivamente a los Arquitectos a realizar las obras necesarias para corregir las grietas, humedades y otros defectos concretados en el informe pericial, así como a pagar el importe de las obras ya efectuadas, más el importe del informe pericial acompañado con la demanda. Apelaron exclusivamente los Arquitectos condenados y la Audiencia, acogiendo parcialmente el recurso, condenó a dos Arquitectos más a efectuar solidariamente las obras que fueren necesarias para corregir las grietas y humedades concretadas en el ya citado informe pericial, y a abonar las obras ya realizadas, pero los absolvió respecto a otros defectos denunciados. Contra la sentencia del órgano de instancia colegiado, recurre en casación la Comunidad de Propietarios siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (P.-J.F.L.).

20. Contrato de obra. Se excluye la legitimación pasiva de los subcontratistas cuando son demandados conjuntamente con el constructor, arquitecto y aparejador.— Según la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1988, confirmatoria de doctrina anterior, se excluye la legitimación pasiva de los subcontratistas cuando son demandados conjuntamente con el constructor, arquitecto y aparejador, como sucede en el presente caso. No se ejercita en la demanda acción por responsabilidad extracontractual dimanante del art. 1902 del C.C. que pudiera eventualmente legitimar pasivamente a la subcontratista si se le hubiere imputado responsabilidad de aquella naturaleza. En definitiva, al no hallarse la subcontratista vinculada contractualmente con la demandante, y ejercitada exclusivamente una acción «ex contractu», no está aquélla legitimada pasivamente, lo cual no implica desconocer la responsabilidad en que haya podido incurrir que, si procediera, correspondería ser exigida. (STS de 29 de diciembre de 1993; ha lugar en parte).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda de menor cuantía de «A., S.A.» contra «T. y P., S.A.», «T., S.A.», que reconviene y otros, sobre reparación de defectos constructivos. El Juzgado estima parcialmente la demanda y desestima la convención en ambas instancias. La Audiencia confirma esta decisión. No prospera el recurso de casación de «T. y P., S.A.», y sí, parcialmente, el de «T. S.A.». (P.-J.F.L.).

21. Contrato de obra. Artículo 1.591 del Código Civil. Legitimación pasiva del promotor. Responsabilidad solidaria.— Se ignora la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que el promotor de la obra, como participante en ella y propietario del inmueble, a los efectos del artículo 1591

«asume la condición de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste impone dicho precepto, y ello como beneficiario de la construcción y en este caso haber designado los técnicos intervinientes y haber suministrado los materiales para la obra». Doctrina seguida por las sentencias de 1 de marzo y 13 de junio de 1984, 11 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986, 29 de junio de 1987, etc. Fundamento último de tal doctrina se halla en el clásico aforismo «ubi emolumentum, ibi onus», lo que incluye en supuestos como el debatido la solidaridad de vínculos con los restantes obligados, cuya repercusión en el supuesto concreto se refleja en la reducción de la indemnización, con justicia decretada por la sentencia recurrida. (...) y así expresamente se incluye al promotor como responsable solidario en sentencias, como las de 13 y 21 de diciembre de 1981 y 5 de marzo de 1984 y otras; siempre que, como en el caso debatido, la cantidad a determinar en ejecución de sentencia por daños y perjuicios, en la que corresponde reducir un 25% de la que en su día haya de percibir el ahora recurrente, se debió a la actuación conjunta e individual, sin que haya sido individualizada, de cada uno de los obligados.

La culpa grave no imposibilita la moderación de responsabilidad a que alude el artículo 1103 del Código Civil.— Es jurisprudencia constante de esta Sala (Sentencias, entre otras de 7 de octubre de 1982, 10 de diciembre de 1986, 30 de junio de 1988 y 18 de octubre de 1989) que la moderación de responsabilidad prevenida en el artículo 1103 es facultad discrecional del juzgador y no es revisable, en principio, en casación, y así lo tiene declarado con reiteración y uniformidad esta Sala, ya que no está sujeta a regla alguna. (...) Si se pone en relación dicho precepto con el anterior, ha de distinguirse la culpa del dolo en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones, para excluir la reducción de responsabilidad en el supuesto de dolo y admitirla en el caso de culpa. Por tanto, como el artículo 1103 no hace distinción alguna, incluye toda clase de culpa, pero no dolo. (STS de 20 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El propietario y promotor de las obras de un local comercial interpuso demanda de reclamación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de dichas obras contra el contratista, los arquitectos y aparejadores de las mismas.

La sentencia de primer grado condenó solidariamente a los demandados, entre otras cosas, al abono de los perjuicios producidos al actor. Formulado recurso de apelación, la Audiencia revocó la sentencia sólo en el sentido de moderar los daños y perjuicios en un 25%. El recurso de casación fue desestimado en su totalidad. (A.R.M.).

22. Apreciación y justificación del litisconsorcio pasivo necesario.— Es lo cierto que tal medio de defensa debe ser objeto de estudio en el actual momento procesal en atención a que su posible existencia debe apreciarse de oficio, aunque no hubiera sido propuesta por las partes, como así tiene declarado en reiterada jurisprudencia la relativa a que la institución del litisconsorcio necesario se encuentra regida por el principio fundamental de quedar obligados los Tribunales a cuidar que el litigio se ventile con la presencia en juicio de quienes puedan resultar afectados por el fallo, con el fin de evitar la posibilidad de fallos contradictorios y el quebrantamiento del principio de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, dado que la veracidad de la cosa juzgada

exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico-procesal, requiere la integración en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor.

Inexistencia de error en la apreciación de la prueba basada en documentos.— Conforme a doctrina consolidada de la Sala, que por ser de general conocimiento excusa de la cita de las sentencias que la recogen, en los supuestos de error a los que se refiere el ordinal 4.^o: los documentos han de ser contundentes e indubitados *per se*, de manera que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida, circunstancia que no acontece en los documentos de que se trata.

Valoración de la indemnización en los casos de desistimiento unilateral del dueño de la obra.— Del dato de que en los documentos no se contemple o se fije como beneficio industrial el porcentaje del 15%, no significa la imposibilidad de su exigencia para el supuesto previsto en el artículo 1594 del Código Civil, al deber entenderse, a tenor de reiterada doctrina mantenida por la Sala, que procede su cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuran en el contrato pero si nada se ha dicho sobre su porcentaje, éste será de un 15% del total del precio convenido.

Libertad de forma en la manifestación de la voluntad en el desistimiento unilateral del dueño de la obra.— Al no establecerse nada en dicho precepto sobre la forma de expresión del desistimiento, bastará con una manifestación de voluntad del interesado, realizada en cualquiera de las maneras admitidas en derecho, entre ellas, por tanto, las de índole tácita, en cuya categoría, cabría incluir la derivada de aquellas situaciones que demuestran, por su equivalencia, una evidente intención o voluntad de impago de la obra.

Posible coincidencia en los resultados prácticos entre solicitar indemnización en casos de desistimiento unilateral del dueño de la obra y solicitar indemnización por daños y perjuicios en los casos de resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas.— En lo concerniente al derecho a percibir la indemnización representativa del artículo 1594, es doctrina de la Sala, reflejada en sentencias de 24 de enero de 1970, 7 de octubre de 1982 y 8 de julio de 1983, que el mencionado derecho no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí, que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distintos tratamientos. Ahora bien, si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño de la obra, contenida en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión, dado que los daños y perjuicios probados serían sólo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado, toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1124, máxime, cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto el «*damnum emergens*», como el «*lucrus cesam*», concepto este segundo que engloba la

utilidad de que habla el artículo 1594, y sin que su existencia y exigencia, en razón a su específica índole y su fijación con arreglo al generalizado criterio estimativo del 15% del precio convenido, dependa de ninguna actividad probatoria practicada sobre la realidad de los daños y perjuicios sufridos por el contratista (STS de 13 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Presentada demanda por la empresa contratista para la resolución del contrato de ejecución de obra y la correspondiente reclamación por daños y perjuicios por incumplir el dueño de la obra con las obligaciones asumidas, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente las peticiones y declaró resuelto el contrato aunque absolvió al demandado de las demás peticiones. Recurrida la sentencia ante la Audiencia, fue revocada parcialmente, pues aunque declaró extinguido el contrato de ejecución de obra, estimó probado un desistimiento unilateral por parte del dueño de la obra teniendo por ello que indemnizar al contratista de los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. (E.S.M.).

23. Irrevocabilidad del mandato de carácter instrumental.— «Según tiene declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala —sentencias entre las más recientes dos de 31 de octubre de 1987— la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas ... cuya ejecución o cumplimiento aconsejan la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente, por la voluntad de uno solo de los interesados».

Error de hecho en la apreciación de la prueba.— «De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, el motivo de casación establecido por el número 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por objeto poner de manifiesto el error padecido por el Juzgador de Instancia en su apreciación de la prueba practicada para la fijación de los hechos litigiosos; por ello se exige la expresión exacta de cuáles o en qué consiste el error imputado al Juzgador de instancia y la cita del concreto documento o documentos obrantes en autos que evidencian ese pretendido error, con la indicación de la parte del contenido del documento que contradice lo afirmado en la sentencia impugnada, sin que sea permitido realizar a través de este motivo una nueva valoración de la prueba practicada, tratando de sustituir el criterio del Juzgador, objetivo e imparcial, por el propio y subjetivo de la parte recurrente».

Publicidad engañosa.— «Fundada la petición de nulidad de los contratos en el carácter engañoso de la publicidad emitida por Miraparque S.A. para la captación de miembros de la futura comunidad de propietarios, ha de tenerse en cuenta que los contratos celebrados entre Miraparque S.A. y los recurrentes lo fueron de mandato y de arrendamiento de servicios, no de compraventa de viviendas ... por lo que es claro que tal propaganda no puede considerarse como una oferta de contrato vinculante para el oferente y por la

que éste viniese obligado a proporcionar a los aceptantes una vivienda de las características publicitadas a cambio de un precio también anunciado; tal propaganda era una simple invitación o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de un grupo de viviendas mediante la aportación pecuniaria de los comuneros ... No resulta aplicable al caso la doctrina contenida en las importantes sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977 en las que se dio indudable trascendencia a la publicidad realizada sobre los objetos vendidos como elemento de integración del contrato para fijar su contenido obligacional, pues en ambas sentencias se contempló un contrato de compraventa (no de arrendamiento de servicios como en este caso)».

Resolución por incumplimiento.— «Esta Sala en su doctrina interpretativa del precepto del art. 1124 ha venido tradicionalmente exigiendo como requisito necesario para la aplicación del mecanismo resolutorio de las obligaciones sinalagmáticas, una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien la de una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente (sentencias de 25 de junio, 22 de octubre y 2 de diciembre de 1985)». (STS de 11 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La entidad Miraparque S.A. es una sociedad de promoción inmobiliaria que gestiona la constitución y administración de comunidades de propietarios para la construcción de edificios. La sociedad había adquirido una opción de compra sobre un solar, gestionó el proyecto y licencia municipal para la construcción de las viviendas y realizó una campaña publicitaria para la captación de personas que en su día constituyesen la comunidad de propietarios. El 25 de enero de 1986 se constituyó dicha «comunidad civil de propietarios» con las personas captadas, las cuales el mismo día confirieron poder a Miraparque S.A. para la compra del solar, gestión de la construcción del edificio, constitución del conjunto en régimen de propiedad horizontal y la captación de nuevos comuneros. La entidad contrata con «Construcciones G.M. S.A.» la ejecución de la obra el 9 de diciembre de 1987. Entre los días 11 de diciembre de 1987 y 22 de enero de 1988 todos los comuneros (los constituyentes de la comunidad el 25 de enero de 1986 y los que después se incorporaron) mediante escritura pública revocaron los poderes conferidos a Miraparque S.A. La entidad demanda a todos los comuneros solicitando se declarase irrevocable y en consecuencia subsistente el apoderamiento otorgado, condenando a los demandados a estar y pasar por lo acordado, y pagar las gestiones ya realizadas. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por Miraparque S.A. declarando sin efecto la revocación, condenando a los demandados a estar y pasar por lo acordado pero rebajando la cantidad adeudada. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de Zaragoza admite el recurso interpuesto por la demandante en el sentido de condenar al pago de toda la cantidad solicitada en la demanda. Los demandados interponen recurso de casación. (J.A.F.C.).

24. Contrato de mediación inmobiliaria: Calificación: Interpretación.— La calificación jurídica del contrato de mediación o corretaje entre los litigantes, verificada por la Sala de Instancia, es acertada, pero son erróneas las consecuencias que deduce para el caso concreto debatido; según doctrina de esta Sala, últimamente en sentencias de 13 de marzo y 22 de diciembre de 1992, la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que «pueden ser contratantes», «sin intervención del mediador en el contrato», ni actuar como mandatario; se halla sometido a la condición suspensiva de celebración del contrato, no por sí mismo —como ha entendido con error la Sala—, sino por los interesados; el hecho de recibir el mediador una suma en concepto de arras o señal, y retenerlas negándose a devolverlas, implica una manifiesta invasión por su parte del contenido del contrato, a menos que se le autorice expresamente, como ocurrió en el supuesto litigioso, y no puede aceptarse que la función del mediador o corredor sea la de perfeccionar un contrato cuya celebración se le ha encargado, a menos que haya recibido para ello un mandato expreso, lo que no se ha probado en este caso.

Honorarios.— El derecho del mediador a sus honorarios dimana de la perfección del contrato, la cual se entiende producida desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, salvo pactos acordados al amparo del art. 1255 C.c., entre los que no figura en el caso discutido el poder expreso e indubitado de disponer sobre bienes inmuebles, tal como exige el art. 1713 C.c.

Autorización al mediador para percibir arras: Su alcance.— La autorización para la recepción de arras, que en forma expresa se hizo al mediador, no implica un tático apoderamiento para disponer de bienes inmuebles y perfeccionar el contrato de venta de cuya gestión y tramitación fue encargado el recurrido, como, con desacierto, estima la Sala *a quo*, al entender que «podía perfeccionar contratos de compraventa», para lo que no estaba autorizado, y lo que supondría una interpretación equivocada de los documentos básicos, deduciendo de ellos lo que no expresan y dándoles una ilógica hermenéutica; también se interpreta equivocadamente la revocación del encargo «para gestionar y tramitar las ventas» con la revocación de un inexistente «poder para vender», de modo que lo que la Sala de instancia denomina revocación tardía del contrato suscrito por el agente no pudo ser revocación de un acto dispositivo sobre inmuebles, sino de una intermediación o simple encargo.

Doctrina general sobre las arras: Autorización a un mediador para percibir las: **Interpretación.**— No es posible dar un concepto unitario de las arras en nuestro Derecho, sino explicar, como señala la doctrina científica, las diversas funciones que pueden cumplir según la misma doctrina y jurisprudencia, puesto que el pacto de arras es accesorio, y puede acompañar al consentimiento sobre la cosa o el precio o ser previo a la fijación de éstos, no llevando en sí como esencial un poder dispositivo ni de perfección del contrato; no son las arras de derecho necesario o facultativo o voluntario, pudiendo efectuar, según los casos, a la fase de formación —como ocurre en el caso objeto del pleito—, de consumación o de prueba de la compraventa; y esta Sala ha declarado que tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, debiendo ser respetados los pactos sobre arras no contrarios a

la ley para conferir un carácter supletorio al art. 1454 C.c.; pero sin que en modo alguno el pacto sobre arras autorizado a un intermediario lleve implícito como ineludible e insoslayable, salvo pacto expreso, el poder para vender y perfeccionar el contrato de compraventa, para lo que no se le autorizó, sino sólo para «gestionar y tramitar» el contrato traslativo; por todo ello la Sala de apelación verificó una interpretación no aceptable de los documentos básicos, no atendiendo a la intención clara de los contratantes, ni se atuvo a la interpretación sistemática de lo convenido.

Extralimitación del mediador.— De lo antes razonado resulta que el agente mediador se extralimitó en los términos del encargo que se le confirió por la entidad recurrente, porque, sin estar facultado para verificar actos dispositivos, intentó perfeccionar un contrato de compraventa de inmueble, sin limitarse a la mera recepción para recibir cantidades en concepto de arras o señal de futuro contrato, a convenir y perfeccionar por el *dominus negotii*, y ante tal extralimitación resultaría injusto imponer a la entidad mandante recurrente las consecuencias nocivas derivadas de aquella actuación frente a terceros. (STS de 19 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— El presente recurso es resultado de la acumulación de tres juicios de menor cuantía, en los que, por un lado, se solicita la devolución de las arras duplicadas por parte de dos compradores que habían tratado con el mediador, y por otro, el mediador reclama sus honorarios a la constructora, con reconvenición de esta última. En ambas instancias se discrepa sobre el abono de honorarios al mediador. El TS confirma la decisión del Juez. La profundización que se hace en la sentencia sobre el contrato de mediación y sobre el concepto de arras (Pte. Sr. Santos Briz) es plenamente de aprobar, si bien la concesión de la facultad de cobrar la señal a favor del mediador ha obligado al TS a un notable esfuerzo argumental ya que, en cierto modo, desnaturaliza la figura. (G.G.C.).

25. El contrato de transacción. Su causa y objeto. La autoridad de cosa juzgada entre las partes.— La naturaleza jurídica de los contratos y su calificación no dependen de la que las partes le atribuyan o se consigne, incluso en el documento, sino que será la que intrínsecamente les corresponda a tenor del nexo obligacional constituido en el negocio jurídico. La transacción ha de considerarse como un contrato, consensual, bilateral o recíproco y oneroso, y en cuanto tal contrato oneroso la causa (art. 1274 CC) implica un sentido objetivo o fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad, aunque se admita la posibilidad de que los móviles o motivos puedan tener transcendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva o determinante; pero en la transacción la específica intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable, con efecto novatorio, ha llevado incluso en ocasiones a considerarla como un contrato abstracto, y la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el designio de poner término a un litigio mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances ni paridad de condiciones y las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido

económico, radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa pero susceptible de serlo. Por tanto en la transacción no es necesario que afloren todas las relaciones jurídicas de las que trae causa, sobre todo si, como en el caso, en la misma se renuncia de modo expreso y general, a sucesivas reclamaciones mutuas.

A partir del acto de transigir no es ya lícito exhumar situaciones preexistentes afectantes a situaciones jurídicas cuya colisión e incertidumbre dio lugar a la transacción, y habrán por ello de respetarse escrupulosamente las obligaciones fijadas en el pacto transaccional, que deberá entenderse e interpretarse sin mengua de su naturaleza contractual. (STS de 6 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Don J.C.S. y «B., S.A.» presentaron demanda de nulidad o anulabilidad de los contratos celebrados con las demandadas «T.E., S.A.» e «I.F., S.A.», en el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de los de Madrid, demanda que fue desestimada. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. No prosperó el recurso de casación. (A.J.C.).

26. Responsabilidad civil extracontractual: aplicación cuando ha existido absolucón.— La sentencia de juicio de faltas condenatoria fue en apelación revocada y absueltos los denunciados; de manera que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 25 de febrero de 1993 y otras), la acción penal quedó extinguida tanto en su ámbito propio como en la civil adherida a ella (artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y entonces, al no concurrir el supuesto del artículo 116 de esta Ley Procesal Penal los Tribunales de lo civil tienen facultades no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias conclusiones en orden a la realidad fáctica, incluido, claro es, el señalamiento de la cuantía de la indemnización conforme a los principios de congruencia a instancia de parte que rigen el proceso civil.

Solidaridad en la responsabilidad civil extracontractual.— Solidaridad impuesta no sólo por la debida protección de los perjudicados sino por el carácter realmente indivisible de la obligación de resarcimiento que ha impedido delimitar la actuación de cada uno en la causación de los daños a indemnizar, viniendo de este modo impuesta aquella solidaridad (STS de 13 de noviembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La esposa del demandante resultó muerta con motivo de la caída de una grúa instalada para la realización de determinadas obras de derribo de un antiguo convento. El terreno donde se efectuaban las obras era propiedad de «I.P., S.A.», que habría encargado a Jesús A.B. la instalación de una grúa-pluma. La grúa era propiedad de Julián J. que contrató con Manuel A.F. (propietario de una máquina excavadora) la demolición de las obras referidas. El accidente se produjo por los golpes de la excavadora para derribar los tres metros de altura de la primera planta. El Juez de Primera Instancia

consideró culposa la conducta de todos los demandados, mientras que la Sala «a quo» absolvió al instalador de la grúa Sr. A.B., revocando en este extremo el fallo apelado. El TS estima el recurso de casación del demandante (considerando, por tanto, que la conducta del instalador Sr. A.B., era negligente), y desestima los tres recursos de casación de los demandados. (J.B.D.).

27. Acción civil «ex delicto». La acción civil se agota por su ejercicio ante el Tribunal penal. Efecto de cosa juzgada.— El Ministerio Fiscal ejercitó en el proceso penal la acción civil, conforme a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual impide que pueda serlo nuevamente, dado el efecto consuntivo de las acciones civiles «ex delicto» por su ejercicio junto con la penal, reconocido jurisprudencialmente —así sentencias de 20 de octubre de 1981, 15 de diciembre de 1985 y 2 de noviembre de 1987—. (...) La acción civil se agotó por su ejercicio ante el Tribunal penal, que debió consecuentemente pronunciarse sobre la misma al haberse entablado junto con la penal, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 20 del Código Penal, por lo que el efecto producido por este agotamiento de la acción es el mismo de la excepción de cosa juzgada que fue apreciada por la Sala de instancia.

No corresponde a los Tribunales civiles revisar las decisiones de los Tribunales de orden penal.— La omisión en la sentencia penal del preceptivo pronunciamiento sobre la responsabilidad civil que, en realidad, equivale a la desestimación de lo solicitado por el Ministerio Fiscal al respecto, no es suficiente para entender que puede reproducirse el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales de este orden, sino que, si la denegación era impropcedente, pudo interponerse el oportuno recurso contra la sentencia penal. (...) El recurrente argumenta que se produjeron omisiones por parte del Tribunal —en la sentencia— y del propio Ministerio Fiscal —al no recurrir la sentencia—, lo cual podría ser así, pero, aún en este caso, no correspondería a los Tribunales civiles pronunciarse, admitiendo el nuevo ejercicio de la acción indemnizatoria, sobre las eventuales consecuencias de lo acontecido, ya que, de lo contrario, se convertiría a éstos en revisores del proceso penal, de la actuación de los Tribunales de este orden y del Ministerio Fiscal, lo que no les es propio. (STS de 20 de septiembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Iniciado un proceso penal por presunto delito de parricidio, el Ministerio Fiscal ejercitó en él junto con la acción penal la acción civil solicitando una indemnización por daños y perjuicios en favor de los hijos de la víctima. La sentencia penal eximió de responsabilidad criminal al demandado, pero no se pronunció expresamente sobre las responsabilidades civiles. Ante este hecho, uno de los hijos interpuso demanda civil reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la muerte violenta de su madre. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior dictando en su lugar otra en la que estimaba la excepción de cosa juzgada. Formalizado recurso de casación, éste no prospera. (A.R.M.).

28. Responsabilidad empresarial en caso de accidente de trabajo: aplicación del art. 1.902 C.c. Concurrencia de culpa por parte del trabajador fallecido.— Al ser don Jesús-Gil A.F. un trabajador a las órdenes del empresario don Teodoro M.C., era éste el que se hallaba obligado a dotar a dicho trabajador de los medios de protección y seguridad necesarios y a tener un trabajador de categoría profesional superior que diera al Sr. A.F., que era un simple ayudante, las instrucciones oportunas acerca de la forma en que había de realizar el trabajo, por lo que, al no haber observado dicho empresario las expresadas e imprescindibles precauciones, su conducta también ha de ser calificada de culposa o negligente, como acertadamente hace la sentencia recurrida, aunque con la ya dicha concurrencia de culpa por parte del trabajador accidentado, que igualmente aprecia y cuantifica.

Improcedencia de la excepción dilatoria de «falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda» (art. 533.4.º LEC).— Al ser don Teodoro M.C., un empresario individual (no social) dedicado a la construcción, si la demanda se dirige contra la «Empresa Teodoro M.C.», es evidente que a quien se está llamando al proceso, como demandado, es al titular individual y único de la referida empresa, aparte de que ya en la comparecencia regulada en los artículos 691 a 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de cuyas finalidades es la de subsanar o corregir «la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes», ya la parte actora manifestó «que se ha demandado a dicho señor (don Teodoro M.C.) individualmente y la calificación de empresa se debe a que dicho Sr. actuaba como tal en los hechos enjuiciados al tener trabajadores a su cargo, sin que en ningún momento se le haya dado el carácter de sociedad» por lo que resulta patente y notorio que la actora dirigió su demanda contra don Teodoro M.C., en cuanto titular único de la empresa individual (no social) que lleva su nombre (STS de 10 de julio de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Con motivo del accidente de trabajo de su esposo, la demandante, en su propio nombre y en representación de sus dos hijos menores de edad, interpuso demanda, en reclamación de cantidad, contra la empresa «Teodoro M.C.» y contra la entidad mercantil «P. y T., S.A.». La demanda fue parcialmente estimada por la Audiencia Provincial, que condenó a «Teodoro M.C.» al pago de cuatro millones de pesetas y, en cambio, decidió absolver a la mercantil «P. y T., S.A.». Esta última empresa estaba dedicada a actividades relacionadas con la fundición y había contratado con el empresario del trabajador accidentado diversos trabajos de albañilería para el mantenimiento de sus instalaciones. (J.B.D.).

29. Responsabilidad civil extracontractual. Compatibilidad entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo y las dimanantes de acto culposo.— Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los arts. 1902 y 1903 del Código civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho

cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil —sentencias de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 6 de marzo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, 7 de mayo y 8 de octubre de 1984, y 2 de enero de 1991—, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1809 y 1093 del Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la ley; así lo declara el art. 97 apartado 3, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Cuantía de la indemnización.— Reiterada doctrina de esta Sala ha afirmado que la determinación de la cuantía de la indemnización es «función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que, lo que no sucede en el presente caso, se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación» —sentencia de 15 de junio de 1992—, en tanto que la de 20 de abril de 1993 dice que «éste es un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del Tribunal de instancia, no revisable en pura técnica casacional, salvo que en el modelo determinativo de su cuantía se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnan con los datos de constatación del evento dañoso que se trata de restaurar».

Contrato de obra: responsabilidad del dueño de la obra.— No puede atribuirse al dueño de la obra intervención alguna en los hechos enjuiciados y menos aún una conducta negligente productora del daño sufrido por el actor, como dice la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1984, con cita de la de 4 de enero de 1982, en relación con el propietario de la obra, «cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el art. 1903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o sumisión»; reserva que en el presente caso no se da. (STS de 27 de noviembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El demandante solicitaba la cantidad de trece millones de pesetas como indemnización de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las lesiones que tuvo al precipitarse desde una altura de unos doce metros por ruptura de uno de los cables de sujeción de un andamio en el que, en unión de otra persona que resultó muerta, se encontraba realizando las tareas de revoque de una pared de la casa en cuya construcción trabajaba. (J.B.D.).

30. Responsabilidad civil extracontractual. Aplicación del art. 1.903.4.º C.c. a las relaciones comitente-contratista.— La teoría más en boga relativa a la responsabilidad por riesgo, y que se deduce racionalmente de la obligación de pechar con las consecuencias dañosas que se derivan de la tenencia,

disfrute y explotación de una cosa, tiene una marcada limitación basada en la doctrina subjetivista, de suerte que cuando se haya acreditado en forma irrefutable, como declaran las sentencias de instancia —la de segundo grado asume las manifestaciones del Juzgado—, que el dueño de la obra encargó a personal especializado y cualificado profesionalmente por títulos académicos que avalan sus conocimientos técnico-científicos y su «lex artis», quíere-se decir que cumple con el presupuesto legal exculpativo prevenido en dicho art. 1903 en su último párrafo, como lo demuestra el mantener la legislación vigente ese sentido culpabilista, que sólo en algunos supuestos desaparecen por imperio de leyes específicas y especiales en razón de la prevención de riesgos catastróficos o de gran magnitud y confirma esta doctrina el contenido de los arts. 1906, 1907, 1908.1.º y 4.º y 1909 del Código civil. Ya la Sentencia 23-10-1930, decía que aunque pudiera entenderse que lo consignado en el último párrafo del art. 1903 del Código civil es una excepción de la regla general en materia de prueba, contenida en el art. 1214, no procede casar la sentencia que da por probado que la entidad demandada no dejó de emplear la debida diligencia. Y en esta misma línea doctrinal se manifiestan las Sentencias 11-4-1935 y 25-2-1936 y así una pléyade de ellas que se invocan en la de 7-10-1983, que después de atribuir los efectos dañosos, en un caso similar al que aquí nos ocupa, a determinadas personas, como son el arquitecto-director y el contratista-constructor de la obra por su comportamiento negligente, dice que, en manera alguna puede proyectarse a un tercero, en este caso el dueño promotor, pues en el ámbito jurídico sólo puede generarse responsabilidad culposa a cargo exclusivamente de quien hubiese actuado con negligencia enmarcable en el alcance y protección de los arts. 1902 y 1903 del Código civil; y finalmente, porque no se aprecia comportamiento culposo o negligente, sino por el contrario, correcto y diligente, en el dueño y promotor de la obra en cuestión, pues como viene dicho, nada más correcto y diligente existe en su conducta que encomendar una determinada actividad a aquellos a quienes legal y técnicamente corresponde, careciendo, en consecuencia de toda aplicación a quien así ha actuado la sanción de culpabilidad establecida por el art. 1104 del Código civil y el no entenderlo así, originaría clara violación del precepto legal... acreditada tal actuación de personas especializadas y tituladas académicamente unas y otras que las capacitan para la realización de tales obras de las que el dueño como desconocedor de las mismas cumple con comisionar a aquéllas, quíere-se decir en primer lugar que acredita su suficiente diligencia en la designación, pues no le sería posible exigirle un conocimiento profundo de esa formación profesional que está avalada formal, pública y académicamente y con ello, aunque como dueño de la obra pudiera estimarse como principal obligado, y por ende legitimado pasivamente, tal legitimación queda exonerada por el bloqueo legal de tipo culpabilístico del art. 1903 —último párrafo del Código civil—. (STS de 19 de julio de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El actor reclamaba tres millones de pesetas en concepto de indemnización de daños por las inundaciones sufridas en su finca como consecuencia de las excavaciones realizadas en el solar colindante propiedad del demandado.

NOTA.— La sentencia que anotamos es buena muestra de alguno de los problemas que plantea actualmente el art. 1.903.4.º C.c., en el que se declara la responsabilidad civil extracontractual del empre-

sario por los actos ilícitos del dependiente y que, como se sabe, constituye el supuesto de responsabilidad por hecho ajeno que más jurisprudencia ha producido.

La sentencia exonera al dueño de la obra en base a la cláusula exoneratoria contenida en el último párrafo del art. 1.903: el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. No es frecuente encontrar en nuestra jurisprudencia fallos absolutorios del empresario basados en la prueba de la no-culpa. A pesar de que la jurisprudencia ha hecho extraordinariamente difícil la prueba de la diligencia, esta sentencia viene a poner de manifiesto que el fundamento de la responsabilidad del empresario es subjetivo, y que los esfuerzos de un sector de nuestra doctrina al afirmar su carácter objetivo sólo pueden comprenderse desde el plano de *lege ferenda*.

El último párrafo del art. 1.903 C.c. puede, por tanto, servir como causa de exoneración de la responsabilidad del empresario. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la lectura atenta de los hechos pone de relieve que la no aplicación del art. 1.903.4.º C.c. tenía su origen en la falta de relación de dependencia y no tanto en la prueba de la diligencia. ¿Cómo entender posible que el dueño de la obra se haya exonerado de responsabilidad mediante la prueba de su falta de culpa cuando el art. 1.903.4.º C.c. es, de entrada, totalmente inaplicable, por no ser el arquitecto o contratista «dependientes» del dueño de la obra? Con ello, no queremos decir que la relación de dependencia no pueda darse en el contrato de obra (la jurisprudencia, de forma muy clara desde la STS de 18 de junio de 1979, viene afirmando que el dueño de la obra es responsable *ex art. 1.903.4.º C.c.* cuando se reserva la vigilancia o control de los trabajos contratados), pero sí que no existía en este caso ningún indicio serio y fiable de su existencia (J.B.D.).

31. Responsabilidad por daños de productos. Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.— Su art. 28 establece una responsabilidad objetiva (sentencia de 23 de mayo de 1991) en los productos alimenticios hasta determinado límite cuantitativo siempre que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de los bienes. Por tanto, ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso y consumo, sino al fabricante la prueba de que fue incorrecto para liberarse de su obligación de responder. Es la culpa de la víctima, en otros términos, lo que le exime y es prueba que corresponde al fabricante, como ocurre generalmente cuando el legislador establece la responsabilidad objetiva, además de que el obrar correctamente se presume por principio en el actuar humano, lo mismo que la buena fe. Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto exigido en el párrafo 1.º del tan citado art. 28, de que el daño sea causado por el uso y consumo de tal producto (relación de causalidad). (STS de 23 de junio de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Doña Fernanda demandó a La Cruz del Campo, S.A. por las lesiones que sufrió en su ojo izquierdo a causa de la explosión de una botella de cerveza en la cocina de su domicilio. El Juz-

gado de 1.^a Instancia desestima la demanda, al considerar que la demandante no probó ni la culpa de la empresa demandada ni la circunstancia de que la explosión se produjese por una defectuosa elaboración o envasado de la cerveza, debiéndose reputar, por tanto, caso fortuito. La Audiencia, en cambio, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa al pago de cinco millones de pesetas. El TS estima el recurso a los únicos efectos de absolver a La Cruz del Campo, S.A. de la condena al pago de costas que le fue impuesta. (J.B.D.).

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL.

32. Acciones judiciales en defensa de la propiedad: acción reivindicatoria. Posesión del demandado.— Estando amparada la detentación de la finca por parte de los demandados en un título, no puede prosperar la acción reivindicatoria mientras no se solicite la nulidad del mismo según reiterada jurisprudencia (Sentencias 14-12-61; 19-2-70; 18-1-81; 7-4-81) y puesto que en este supuesto no se intentó anular éste, en lógica consecuencia no puede acogerse la acción deducida en tanto se cumpla con este requisito. (STS de 17 de julio de 1993; no ha lugar). (J.B.D.).

33. Propiedad horizontal. Necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios para realizar obras que alteran los elementos comunes.— Resulta de una evidencia fáctica indiscutible que el local o «entidad» número 7, descrito como un espacio diáfano, y la finca número 16, objeto de esta litis, que se reputa como vivienda, se encuentran integrados en subcomunidades distintas. Como el régimen de propiedad horizontal fue constituido a través de la escritura y con la intervención de la demandante, ello implica que ésta no sólo conoció desde un principio, sino que además asintió al otorgamiento del título constitutivo de la Comunidad, lo que tiene un muy especial significado en relación con lo pretendido en la demanda formulada contra la referida Comunidad.

En este contexto, las obras que se pretenden realizar traspasan el marco de la esfera dominical que cada titular de piso o local tienen en este tipo de Comunidades, a la vez que implican una alteración de los elementos comunes; y todo ello sin olvidar tampoco, que en este concreto supuesto no sólo se opera este cambio o alteración en dichos elementos, sino que también y cual se ha dicho, ello se traduce en un cambio de las cuotas de participación lo que exige que el acuerdo de la Comunidad de Propietarios se adopte por unanimidad. (STS de 17 de septiembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La entidad mercantil «I.P.Z., S.A.», que había comprado diversos locales y una vivienda en un edificio determinado, intentó abrir un acceso entre las referidas fincas, denegando la Comunidad de Propietarios la autorización para tales obras.

La citada entidad entabló demanda contra la Comunidad para que se declarase nulo y sin valor ni efecto alguno el citado acuerdo, demanda que fue desestimada por el Juzgado n.º 3 de los de Zaragoza.

La Audiencia revocó la sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios. El TS casó la sentencia y confirmó la del Juzgado de 1.^ª Instancia. (A.J.C.).

34. Propiedad horizontal. El cambio de destino de los locales no precisa de los requisitos establecidos para la modificación del título constitutivo (o de los Estatutos) cuando dicho cambio no está prohibido expresamente en los mismos.— Si bien es cierto que en el título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal o en los Estatutos se pueden establecer disposiciones en orden al uso o destino de sus diferentes pisos o locales (art. 5,3.^º LPH) e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio, éste no es el supuesto aquí contemplado, pues la mera y simple descripción que en el título constitutivo los promotores-constructores hicieron de los dos expresados locales, no puede ser entendida como expresión del destino único de los mismos ni mucho menos como prohibición de que los adquirentes de dichos locales puedan dedicarlos a otras actividades comerciales de las meramente insinuadas, si se tiene en cuenta que cualquier prohibición de este tipo, en cuanto comporta una limitación de las facultades dominicales no puede presumirse ni interpretarse de manera extensiva.

Al no contener el título constitutivo prohibición de que los titulares de los dos locales comerciales pudieran dedicar los mismos a otra actividad mercantil distinta de la originariamente insinuada por los promotores-constructores, la realización de dicho cambio podrían verificarla los propietarios de los locales por su propia y exclusiva decisión sin que ello implique alteración alguna del título constitutivo ni requiera el consentimiento unánime de los componentes de la Comunidad de Propietarios. (STS de 21 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de Propietarios del edificio números 3 y 5 del Callejón de Murcia de Madrid formuló demanda contra la entidad mercantil «A., S.A.» propietaria de dos locales en el citado edificio y que los había dedicado a Taller de Reparación de Automóviles, Chapa y Pintura, locales que figuraban descritos en la escritura de Obra nueva y División Horizontal como garaje y almacén. El Juzgado n.^º 15 de los de Madrid estimó la demanda, que fue revocada por la Audiencia Provincial en virtud de apelación del demandado. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

35. Propiedad horizontal: ámbito en que han de moverse los Estatutos.— Una de las características de la Propiedad Horizontal es la de estar regida por normas de derecho necesario. Ahora bien, ello no implica que, respecto de dicha clase de propiedad, no sea de aplicación, consignado el art. 1255 del Código Civil, porque, según se expresa en la Disposición Transitoria de la Ley mencionada, los Estatutos aprobados por la Junta de Propietarios podrán ser aplicados cuando no contradigan lo establecido en la misma.

Carácter imperativo del art. 8.2.^º LPH.— Respecto al carácter necesario de la forma contenida en el art. 8 de la Ley de Propiedad Horizontal se ha pronunciado esta Sala que en su sentencia de 7 de febrero de 1976 afirma

que «la Ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su art. 8.º, párrafo 2.º, en cuanto que refiriéndose a los supuestos de su párrafo 1.º, dispone que, en tales casos, se requerirá además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el art. 5.º, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria disentida lo que acarrea su nulidad, sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse, que los compradores de los pisos o locales tuvieran que aceptar esta cláusula que ya figuraba en los estatutos, aceptación que en este aspecto evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con el art. 4.º, párrafo 1.º, entonces vigente, y 1255, ambos del Código Civil»; por su parte, la sentencia citada del 31 de enero de 1987 dice «que, no obstante esta permisividad de los apctos estatutarios no contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal, ha de entenderse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma, y especialmente las normas que, como las contenidas en el párrafo 2.º del art. 8 y en el art. 11, y en beneficio de la Comunidad de condueños, imponen el consentimiento máximo de los propietarios para la división de pisos locales, o para la alteración de la estructura del edificio. En el supuesto que nos ocupa, y en aplicación de la doctrina anteriormente anotada, ha de entenderse que los pactos estatutarios contenidos en las calendadas escrituras de declaración de obra nueva y de compraventa del piso del actor, que facultaban a los propietarios de locales para realizar actos materiales o jurídicos de división o segregación de los mismos, sin autorización de los restantes propietarios, es contraria al precepto del art. 8.2.º de la Ley y dado, igualmente que, como se ha declarado probado por la resolución recurrida, sin que haya sido contradicho en este recurso, al amparo del ordinal 7.º del art. 1692, la división del local comporta la necesidad de cambiar un elemento común, el portal, es obvio que contraviene también el mandato del art. 11 de la repetida Ley de Propiedad Horizontal. (STS de 19 de julio de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Se formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios, solicitando que fuese declarado nulo el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios de la Comunidad que se oponía al propósito de comunicar dos apartamentos de un mismo dueño. Subsidiariamente respecto a la anterior declaración, pedía el demandante que se declare su derecho a abrir y mantener una salida de emergencia de un apartamento a través del otro. La demanda fue desestimada en ambas instancias, no dando lugar el TS al recurso de casación. (J.B.D.).

36. Es negativa la servidumbre de luces y vistas cuando los huecos se han abierto sobre paredes propias.— Sin excepción alguna, desde la promulgación del Código Civil, la jurisprudencia ha venido manteniendo siempre que la servidumbre de luces y vistas, cuando los huecos se han abierto sobre pared propia, es negativa, pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; mas cuando los huecos se han abierto en pared ajena o

medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ello se debió contar con la autorización del propietario del predio sirviente, o del otro medianero.

No hay prescripción porque no se ha producido el hecho a partir del cual se inicia el cómputo del plazo.— Rechazada la parte sustantiva de los dos motivos del recurso, procede el decaimiento de la cita que también se hace respecto del cómputo del plazo prescriptivo, pues dado el indiscutible concepto de servidumbre negativa que corresponde atribuir a la de autos, el inicio del tiempo para la prescripción debería empezar a contarse a partir de un hecho optativo (sic) inexistente. (STS de 1 de octubre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de Propietarios demandada fue condenada en todas las instancias a ejecutar a su costa las obras de albañilería necesarias para cerrar unas ventanas, restableciendo el ejercicio pacífico de los derechos que le asisten al demandante para que pueda llevar a cabo la construcción del edificio proyectado. (L.F.R.S.).

37. Maneras de suplir la falta del título de constitución de una servidumbre no aparente.— El tema litigioso que resolvió fue si el propietario del fondo sirviente había constituido el título para la creación de la servidumbre, que exige el art. 537 del Código Civil junto con la prescripción, declarando que la hubo. Otra cosa es si por la forma de su creación era acorde con la naturaleza del derecho real instaurado, que efectivamente hace la servidumbre no aparente en tanto que la tubería de conducción va enterrada. De acuerdo con el art. 540, la falta de título no sólo puede ser suplida por el reconocimiento del dueño del predio sirviente en documento, sino también por sentencia firme, y ésta se tiene que producir como consecuencia de un pleito en el que se pruebe que hubo título para su constitución o, en otras palabras, negocio jurídico creador de la servidumbre, no que hubo un título en el sentido de documento en el que se consignó aquel negocio (Sentencia de 26 de junio de 1981 y las que cita). La prueba debe hacerse por los medios admitidos en Derecho, sin que exista precepto alguno que cercene aquéllos en estos pleitos.

Existencia de consentimiento del propietario del fondo sirviente a la constitución de la servidumbre.— El motivo se desestima porque está fundamentado en una interesada y sesgada interpretación de los términos de la sentencia recurrida, que declara que el propietario no sólo consintió, sino que autorizó la construcción del acueducto. Pero ello no es más que la manifestación de su consentimiento al establecimiento del gravamen, que forzosamente requiere el del propietario del predio dominante, no que sólo dio el sirviente un permiso revocable a su voluntad, y hay que observar en este punto que el Código civil se expresa también en términos análogos en las servidumbres voluntarias cuando dice que el propietario (alude a él solo) puede establecer sobre su finca las servidumbres que tenga por conveniente. «Autorización» en la sentencia o establecimiento unilateral en el art. 594 no vienen a significar más que la necesidad de su consentimiento.

Aparte de estas consideraciones, hay otra también fundamental que obliga a rechazar el motivo, y es la de que la sentencia recurrida emplea también el término «consentimiento», por lo que huelgan todas las deducciones jurídicas que hace el recurrente basándose en pura semántica. Existió, pues, negocio creador del derecho real de la servidumbre, seguido de la tradición (por el uso de ella en la finca ajena, art. 1.464 del Código civil).

Inaplicación del art. 1.289 del CC como norma de carácter probatorio.— No hay ninguna razón para que la Audiencia aplicase el art. 1.289. Su valoración de la prueba concluye en la afirmación de que hubo título suficiente para la constitución de la servidumbre. Ciertamente que nada se dice, y nada se ha probado, sobre los derechos y obligaciones que de él derivan, y en este campo podría tener juego el art. 1.289, pero nada de esto se debate aquí, sino si la servidumbre se constituyó o no, y ello es una cuestión que se resuelve por medio de prueba, ámbito en el que nada tiene que hacer el precepto sustantivo que se dice infringido, pues parte de la base de que ya existe indudablemente un contrato, y en el caso litigioso, en cambio, se discute si existía o no título creador de la servidumbre. En otras palabras, el art. 1.289 no es una norma de naturaleza probatoria, que obligue a valorar las practicadas en el juicio sobre la existencia o no de un contrato de una determinada manera.

Necesidad de que conste en escritura pública el negocio de constitución de servidumbre a título gratuito, como forma constitutiva.— Todo negocio jurídico ha de tener su causa en nuestro Derecho, sin que exista razón legal para hacer una distinción entre los productores de efectos obligaciones frente a los que originan jurídico-reales, como la creación de una servidumbre. A ambos le es aplicable el art. 1.274 del Código civil, y no probado en el pleito que el favorecido con la servidumbre hubiese satisfecho ninguna contraprestación ni que el dueño autorizante hubiese remunerado algo al consentir el gravamen de su propiedad, el negocio fue a título de liberalidad, por lo que el acuerdo de voluntades tenía que haber constado en escritura pública, por aplicación del art. 633, que la exige como forma constitutiva (Sentencias de 29 de julio de 1989, 26 de mayo de 1992, y las que citan ambas).

Calidad de tercero hipotecario del demandante.— Partiendo de que la servidumbre no es aparente, faltaba la inscripción en el Registro de la Propiedad para que pudiese perjudicar a quien reúne la cualidad de tercero hipotecario, que es la que tiene el recurrente al no haber declarado la sentencia recurrida que conocía la existencia del gravamen pese a no figurar inscrito al adquirir por compraventa la finca donde está enterrada la tubería. (STS de 20 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El propietario de una finca consintió en su día la constitución de una servidumbre no aparente para paso de agua subterránea, sin que constara en escritura pública dicho consentimiento ni el carácter oneroso del negocio. Vendida la finca sirviente, el Tribunal Supremo consideró tercero hipotecario al comprador y declaró que la finca no estaba gravada con la servidumbre mencionada, porque, ade-

más, tratándose de un negocio gratuito, no se observó la forma constitutiva de la escritura pública. (L.F.R.S.).

38. Colisión entre sentencia de nulidad por usura y ejecución hipotecaria. Función e importancia de la anotación preventiva de demanda.— Como consecuencia de las actuaciones judiciales de dos distintos Juzgados se produce la colisión entre una sentencia de nulidad de hipoteca, en aplicación de la Ley de Usura de 1908, y la resolución judicial aprobatoria del remate que permitió a los rematantes, inscribir a su favor el dominio y obtener la cancelación de los asuntos posteriores. El Juzgado que ejecuta la hipoteca no puede en principio conocer vicisitudes posteriores a la expedición de la certificación (la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca es posterior) y no pudo legalmente impedir la celebración de la subasta. Pero lo que sí pudo fue tratar de interpretar las normas del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y de la regla 17.^a del artículo 131 del mismo texto legal, buscando el sentido de todas sus palabras y la equidad para ponderarlas, como aconseja el artículo 6.2 del Código Civil.

Según la regla 17.^a del artículo 131 verificado el remate se dictará auto aprobándolo y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor en su caso (nótese bien, en su caso) la de todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la inscripción de aquella, incluso las que se hubieren verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a, pero teniendo en cuenta que la nota marginal acreditativa de que se ha expedido la certificación no produce el cierre del Registro puesto que su alcance es informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Y quienes acuden a la subasta pueden, hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar, por tanto, la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda. La demanda de nulidad del préstamo hipotecario por estar incurso en la Ley de Usura permite asegurar los resultados del juicio mediante su anotación preventiva al amparo del artículo 42, 1.^o de la Ley Hipotecaria, porque aunque se trata de una acción personal en cuanto persigue anular un contrato, tiene trascendencia jurídico-real porque la sentencia puede producir la consecuencia de anular un derecho real de hipoteca constituido como accesorio y en garantía de un préstamo. La anotación de demanda tiene pues, un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiera dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido sustantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular. Por ello, cualquier derecho, como la adquisición por los demandados de los bienes en pública subasta, puede quedar subordinado a la resolución judicial declarativa de la nulidad de la hipoteca en cuya virtud se produjo la ejecución. (STS de 18 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— D.^a A.B.U. presentó demanda de nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria que fue desestimada por el Juzgado

de 1.^a Instancia n.º 11 de los de Barcelona. La audiencia estimó el recurso revocando la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

39. Inexistencia de enriquecimiento sin causa.— La recurrida se ajustó en cuanto al ejercicio de sus derechos a lo específicamente estipulado, y, así resalta, ya en concreta respuesta a la acusación sobre el citado enriquecimiento injusto, lo que se expone en el transcrito Fundamento Jurídico Cuarto; por lo que es evidente que, a la vista de cuanto antecede, no existe el indebido desplazamiento patrimonial que se aduce en el motivo, pues, como dice la Sala, en todo caso, siempre el ejercicio de sus derechos por la recurrida proviene del precedente proceso judicial, y, por la existencia del pacto expreso contenido en los respectivos contratos.

Falta de entidad y de prueba de la existencia de error en el consentimiento.— La apoyatura de dicho vicio del consentimiento sólo proviene de circunstancias particulares esgrimidas por la propia recurrente, y que, en caso alguno, se han acreditado a través de la vía correspondiente en el recurso, por lo que, de por sí, son insuficientes para entender que, en la suscripción de esos contratos (y cualquiera que hubiese sido el proceso judicial anterior, y hasta las circunstancias personales o familiares de los representantes de la propiedad de la recurrente que pudieran influir en la firma de los mismos), aconteció tal vicio de consentimiento.

La hipoteca sobre el inmueble es independiente de la hipoteca constituida por el dueño sobre el establecimiento incluido en aquél.— Pueden recibir tratamiento jurídico independiente, como sendas manifestaciones de la titularidad dominical, la relativa al inmueble y la autónoma, por ello mismo, actividad comercial, negocio, establecimiento, el fin que en él se desarrolle y que en el caso de litigio tuvo una peculiar manifestación según la forma de proyectarse en la garantía hipotecaria esa dualidad; prueba de ello será reproducir un antiguo dictado del propio legislador de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

El derecho sobre el rótulo comercial es independiente del hecho de que el cartel aparezca colocado en el inmueble adjudicado en la subasta judicial.— Jamás cabe sostener que por el mero hecho de que tal cartel aparezca juntamente colocado en el inmueble adjudicado a la recurrida, ello puede equivaler a viabilizar su tutela en el mantenimiento del mismo, por parte de la propietaria del inmueble como si fuese titular del derecho correspondiente al rótulo comercial, sobre todo, cuando por la identidad de connotaciones y señas distintas colisione con el nombre comercial idéntico ya inscrito a favor de la recurrente, y al margen de que no le tenga en lo referente a ese rótulo, pues la prevalencia de esa preinscripción debe atraer la imposibilidad de que por otra persona ajena a su esfera jurídica pueda utilizarlo como tal rótulo comercial.

Registrado un nombre comercial a favor de una persona, no es posible que otra persona pueda ser titular de un rótulo con la misma denominación.— El registro del nombre comercial, en primer lugar, es potestativo y

que, naturalmente, una vez inscrito tal nombre no es posible utilizar otro igual o semejante con posterioridad al registrado, norma que es de aplicación al caso de autos, por la fecha de la concesión de inscripción, la posterior vigencia de la Ley 32/1988; y la correlación entre la marca, el nombre y el rótulo se fija en el art. 214 de dicho Estatuto; y en el caso de autos, es obvio que por la identidad con el nombre preexistente, del mismo rótulo «Hotel Ritz» no es posible entender que se pueda utilizar como tal rótulo, justamente cuando se trata de una denominación de un nombre anteriormente registrado ya que puede ocurrir que estando suficientemente acreditado e inscrito en el R.P.I., un nombre determinado de prestigio y, sobremanera conocido en el mundo mercantil, no obstante, por el mero dato de que no se haya inscrito también como tal el rótulo, pueda un tercero aprovecharse del éxito o prestigio de dicho nombre, sin más que inscribir en el Registro un rótulo comercial utilizando la misma expresión de ese nombre ya acreditada, lo que supondría una deslealtad competitiva y un indiscutible fraude y, sobre todo, cercenar, por completo, los derechos inherentes de exclusividad que la legislación específica otorga a todo titular inscrito de una Propiedad Industrial. (STS de 14 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— En 1975, la Inmobiliaria Sarasate, S.A. adquirió en subasta judicial dimanante de un procedimiento del art. 131 de la LH el inmueble en el que se hallaba el Hotel Ritz de Barcelona y una serie de muebles a los que se había extendido la hipoteca inmobiliaria. Dos años después, la nueva propietaria del inmueble y la antigua propietaria, Hotel Ritz de Barcelona, S.A., perfeccionaron un contrato por el que la segunda reconocía a la primera la propiedad del 70% de los muebles del edificio adjudicado y el derecho a percibir el 70% del total de la renta que venía satisfaciendo la arrendataria del hotel. En 1985, Hotel Ritz de Barcelona, S.A. arrendó a Inmobiliaria Sarasate, S.A. el negocio sobre el llamado Salón Imperial del Hotel Ritz y el 30% de los muebles del mismo hotel. A partir de esa fecha, Inmobiliaria Sarasate, S.A. explotó todo el hotel.

El Hotel Ritz de Barcelona, S.A. reclamó judicialmente y, aunque sus pretensiones fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación estimando parcialmente la demanda y declarando que la titularidad del negocio y del nombre comercial correspondían exclusivamente a la actora, que tenía también derecho al 30% de los muebles del Hotel Ritz. (L.F.R.S.).

5. DERECHO DE FAMILIA

40. **El principio de la carga de la prueba no es comúnmente apto para alegarlo en recurso de casación.**— El principio de la carga de la prueba, por no contener ninguna regla de valoración de prueba y por su carácter genérico, no es comúnmente apto para la casación, salvo el eventual supuesto de que el Tribunal de Instancia haya desconocido o vulnerado tal principio, lo que aquí no acontece, es lo cierto, que esa misma doctrina tiene establecido que habiéndose aportado a las actuaciones medios de prueba bastantes para acreditar los hechos que se han proclamado como probados, es absolutamente

irrelevantes que unos u otros instrumentos de prueba procedan de unos y otros contendientes y por ende es bastante que las pruebas producidas puedan servir de soporte suficiente a las declaraciones judiciales manifestadas.

La negativa a someterse a la prueba biológica es un principio de prueba pasivo o por omisión.— Tras la abundante prueba testifical y hasta documental, existe un principio de prueba pasivo, o por omisión, por parte del demandado, hoy recurrente, que al concurrir con aquéllas, proyectan una confirmación de lo establecido por los órganos judiciales de instancia, dado que como exactamente se dice en la sentencia recurrida debió el demandado contrarrestar, y no lo hizo, con el sometimiento voluntario a las pruebas biológicas, dar un *mentis* eficaz y definitivo al resultado racional acreditativo de su paternidad de las demás pruebas existentes en el procedimiento.

La prueba biológica como medio idóneo para destruir las presunciones en los procesos de filiación.— En materia de filiación no hay una prueba inequívoca y directa por la propia naturaleza del acto conceptivo y por eso las presunciones fundadas que ofrecen los demás medios de prueba al respecto, hoy, actualmente, sólo tienen contraste irrefutable cuando es negativo el resultado en la prueba hematológica que el presunto padre en su propio beneficio debió exigir y no eludir si es que efectivamente la convicción del recurrente responde a la realidad.

La prueba de la convivencia con la madre en la época de la concepción.— Los hechos bases que no han sido desvirtuados previamente proclaman la existencia de una convivencia de los hoy contendientes con unas relaciones mantenidas durante años de orden sentimental e íntimas, sobre todo haciendo hincapié en cuanto a las fechas probables de la concepción y es patente que dada la naturaleza de la concepción, ello sea bastante para la filiación deducida y proclamada, subrayada por esa pasividad en punto a la prueba hematológica que el demandado de hecho ha rehusado y que de ser cierta la tesis que mantiene hubiera podido quedar clarificada. (STS de 14 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Se planteó una acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial. Estimada la demanda en primera instancia se confirmó en la Audiencia al quedar probada la convivencia con la madre en la época de la concepción. (E.S.M.).

41. La negativa a someterse a la prueba biológica sólo se produce cuando existe una manifestación de voluntad contraria a su admisión.— Consta expresamente que la práctica de las pruebas biológicas fue pedida por la actora-recurrida en primera instancia; que el recurrente-demandado no manifestó ninguna voluntad contraria a su admisión; que por no haberse efectuado dentro del período probatorio, el Juez la ordenó como diligencia para mejor proveer a instancias de la actora-recurrida y del Ministerio Fiscal; que el departamento de Medicina Legal comunicó al Juzgado las condiciones para realizar las pruebas biológicas; que el Juzgado lo puso en conocimiento de las partes sin que haya prueba en autos de que se cumpliesen aquellas condiciones, por lo que no se efectuaron; y que en grado de apelación, la actora-apela-

da no compareció ante la Audiencia, por lo que nada instó sobre la tan repetida prueba en segunda instancia. Así las cosas, no puede compartirse el criterio de la Audiencia de que hubo «negativa práctica del demandado o resistencia pasiva por omisión a someterse a las pruebas biológicas, porque, esa situación lo mismo podría atribuirse a la actora-recurrída, conducta procesal la suya de mucha mayor trascendencia en tanto que era la obligada a probar la relación biológica de paternidad de su hija con el demandado-recurrente.

Inexistencia de indefensión por infracción de las normas y garantías procesales.— No aparece en autos que cumplierse en absoluto el requisito imprescindible para ello exigido por el artículo 1693 LEC, dando por supuesto que el motivo se refiere a la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, pues la defectuosa formulación técnica del mismo («quebrantamiento de las formas esenciales del juicio») obliga a esta Sala, en virtud del principio «pro actione», a buscarle acomodo si es posible en lugar de rechazarlo sin más por esa deficiencia, y en esa labor llega a aquel resultado, porque es manifiestamente impropio incardinarlo en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, ya que ésta se manifiesta ajustada a las pretensiones concretas en el suplico de la demanda rectora de las actuaciones y por otra parte, el recurrente no hace ninguna acusación en ese sentido la sentencia que recurre.

Determinación de la filiación por medio de pruebas indirectas.— No hay obstáculo legal a que la paternidad se declare judicialmente con fundamento en otras, que es lo que hace la Sala de apelación al apreciar detenidamente cada una de las pruebas obrantes en autos para llegar a la conclusión de que hubo convivencia y relaciones sexuales entre actora y demandado, de las que nació una niña, cuya paternidad se reclama en este proceso. (STS de 18 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Planteada demanda por la madre en nombre y representación de su hija menor de edad se reclamó la filiación paterna no matrimonial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la paternidad del demandado; la sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia excepto en lo relativo a la prestación de alimentos a la menor por el demandado-apelante, que fue fijada de otro modo. (E.S.M.).

42. Acción de reclamación de filiación matrimonial. La convivencia de los esposos en un mismo domicilio no elimina el estatus de separación de hecho de los mismos. La negativa a someterse a las pruebas biológicas no supone «ficta confessio». La presunción de paternidad matrimonial cede cuando el nacimiento se produce después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges.— Conocida es la moderna distinción doctrinal, que admite la posibilidad de la convivencia de los esposos en un mismo domicilio, sin que ello elimine en todo caso el estatus de separación de hecho de los mismos; teniendo en cuenta las fechas del acta notarial (25-5-1987), y el nacimiento de la menor (31-12-1987), resulta evidente el estado de gestación en que se encontraba la mujer cuando acude ante el Notario, resultando contradictorio el reciente momento de la concepción: la de-

cisión de divorciarse que se tomaba en aquel momento, las desavenencias y disgustos que desde antiguo existían entre los esposos, y la declaración de ausencia de descendencia que se consignó en el acta; la oposición a la práctica de las pruebas biológicas, ha sido valorada por reiteradísima jurisprudencia de esta Sala como un indicio, sin tener la categoría de «ficta confessio», ni de prueba de presunciones, y sólo atendible si va acompañada de un conjunto de elementos probatorios, que en su armónico sentido, llevan al ánimo del juzgador la convicción de la paternidad.

Por todas las razones expuestas, hemos de concluir que el contenido del acta notarial de fecha 25-5-1987 debe tenerse como cierto, ya que no se ha demostrado cumplidamente su falsedad, y en su consecuencia la presunción del artículo 116 del Código Civil opera en un sentido excluyente, por haber nacido la menor después de transcurridos los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges. (STS de 28 de diciembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Los litigantes contrajeron matrimonio el 19 de julio de 1983, y por la propia manifestación del demandante sabemos que pronto empezaron a surgir desavenencias y disgustos dada la disparidad de caracteres. Llegado el día 25 de mayo de 1987 deciden ambos cónyuges acudir ante un Notario, y levantar acta en la que hacen constar «que por causas que no es es del caso detallar, decidieron de común acuerdo separarse de hecho en marzo de 1985, estableciendo ambos su vida con entera independencia». En dicha acta figura cada cónyuge con un domicilio distinto, se afirma que del matrimonio no ha habido descendencia, y se plasman una serie de pactos tendentes a reglamentar la separación. Utilizando como base fundamental esta manifestación, acuden ante el Juzgado número 3 de Familia de Murcia, donde obtienen sentencia de divorcio con fecha 1 de septiembre de 1987. Con fecha 31 de diciembre del mismo año, la ex-cónyuge da a luz una hija que es inscrita en el Registro Civil sólo con los apellidos de la madre. Un año después, el 23 de diciembre de 1988, su ex-marido inicia procedimiento de reclamación de paternidad, frente a la oposición de su madre. En primera instancia sólo se practica prueba testifical, oponiéndose la demanda a la prueba biológica. Con este escaso acervo probatorio el Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca esta decisión. El TS estima la casación. (P.-J.F.L.).

43. Distinción entre derecho real de uso sobre vivienda familiar y el derecho de propiedad sobre la misma.— Es evidente que no se puede confundir un derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración, con el derecho real pleno de dominio sobre el mismo inmueble que es de carácter perpetuo e ilimitado, salvo lo dispuesto en el artículo 348 del Código civil. La sentencia recurrida, confundiendo uno y otro derecho, atribuye al derecho de uso una virtualidad sólo asimilable a la propiedad y no prevé que ambos puedan coexistir sobre la misma cosa, como lo pone de relieve en el ámbito económico-matrimonial el artículo 1407 del Código civil, del que se deduce que ambos derechos son inconfundibles; precepto legal, que, con el anterior, si bien no directamente aplicables al supuesto litigioso, sí señalan un criterio orientativo. En el supuesto contemplado ha habido una sentencia judicial firme que atribuye un derecho de uso al esposo sobre la vivienda fami-

liar, y después hubo el juicio declarativo que ahora termina, donde se dilucida el derecho de propiedad sobre el mismo inmueble, derecho cuya trayectoria señala la sentencia recurrida en su fallo. Pero a ello no obsta que, ya superadas las medidas provisionales a que se refieren los artículos 91 y 103 y concordantes del citado Código, la atribución del uso de la vivienda pueda hacerse de manera no provisional, ni tampoco de modo indefinido, sino, como también resulta de una lógica interpretación del artículo 1407 ya mencionado, con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este derecho que regula los artículos 523 y siguientes del Código civil. Todo ello consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales en litigio y aparte de la atribución en propiedad, que puede ser compatible con aquel derecho de uso, de modo análogo a la coexistencia de la nuda propiedad y un usufructo sobre la misma cosa pertenecientes a personas distintas.

Pronunciamiento sobre costas en un recurso de casación.— Si bien haciendo la observación, por un lado, de que la materia de costas, como ha declarado esta Sala reiteradamente, queda fuera del recurso de casación, y, por otro que su alegación en este recurso extraordinario habría de estructurarse a través del n.º 3.º, y no del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Aunque también debe hacerse notar que al ser procedente la estimación del recurso, esta Sala de casación, de conformidad con el artículo 1715, n.º 3.º, de la misma Ley Procesal, actúa como Tribunal de Instancia, teniendo en cuenta los términos en que se ha planteado la litis; y, por consiguiente, al resolver sobre el tema debatido debe al mismo tiempo pronunciarse sobre las costas. Y así resulta que al ser estimada en parte la demanda, como lo fue en el pedimento importante de que en cuanto a la propiedad de la vivienda uno de los esposos abone al otro la mitad del valor de aquélla o, en otro caso, se proceda en pública subasta a su adjudicación en propiedad en trámites de ejecución de sentencia; ante este pronunciamiento estimado, es indudable que hubo estimación parcial de la demanda y se está en el supuesto del párrafo 2 del artículo 523 de la Ley Procesal civil, de que, en cuanto a las costas de primera instancia, cada parte abone las suyas y las comunes por mitad. Consecuentemente, no procede pronunciamiento especial en cuanto a las del recurso de apelación, ni tampoco, conforme al artículo 1715, n.º 4.º de la misma Ley, respecto de las del recurso de casación. (STS de 20 de mayo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Planteado juicio declarativo sobre liquidación de la sociedad de gananciales por no estar de acuerdo la esposa con las operaciones divisorias realizadas por el contador-partidor no fue admitida la demanda y se declaró que no había lugar a modificación alguna en las operaciones divisorias realizadas por el contador-partidor único que había atribuido a la actora ahora recurrida el 42,85% y al esposo el 53,15% del piso que constituía la vivienda familiar. Con anterioridad al marido en la sentencia de separación judicial se le había atribuido un derecho de uso sobre la citada vivienda. Recurrida la sentencia ante la Audiencia, se estimó el recurso de apelación en parte, pues aunque confirmó los porcentajes establecidos por el contador-partidor, sin embargo dio por extinguido el derecho de uso sobre la vivienda que se había atribuido al marido ahora recurrente. (E.S.M.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

44. Títulos nobiliarios. Aplicación del criterio de la Corona recogido en las Partidas. No juega el derecho de representación cuando para llamar a los colaterales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes.— Estos diversos preceptos han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias cabe destacar la de 8 de marzo de 1919, que reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes. Igual criterio sustenta la de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propinquo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.^a del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra» (Ley 5.^a, Título I, Libro III). Ratifican este criterio las sentencias de 16 de noviembre de 1961 y 28 de octubre de 1971, debiendo añadirse que la propinquidad se mide con referencia al último poseedor y no con el fundador (SS TS de 5 de julio de 1960 y 4 de junio de 1963).

La sucesión en la línea colateral se decide por la propinquidad, lo que no significa que recaiga necesariamente en el pariente de mejor derecho.— Es evidente que D. Jerónimo era el pariente más próximo del último tenedor y primer beneficiario del título, y es evidente también que D. Manuel, a cuyo favor expidió Carta de Sucesión el Ministerio de Justicia, era más propinquo tanto respecto al rehabilitante como al primer instituido, lo que no significa que fuera necesariamente el pariente de mejor derecho, pues ni las cartas de sucesión ni los litigios deciden la cuestión en favor del óptimo sucesor como en una ocasión dijo esta Sala (*vid.* Sentencia de 9 de junio de 1964). (STS de 13 de octubre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El Título de Marqués de Villar de Tajo fue rehabilitado en 1921 en favor de D. Jerónimo Villalón-Daoiz. A su muerte, su primo hermano D. Manuel Halcón obtuvo el título, por orden del Ministerio de Justicia. Un sobrino nieto del rehabilitante y sobrino de D. Manuel interpuso demanda de juicio de mayor cuantía solicitando se declarara su mejor derecho al título nobiliario mencionado. Alegaba el actor que tenía derecho de representación de su padre, que había nacido antes que el demandado D. Manuel.

El Tribunal Supremo confirmó las sentencias de instancia, rechazando las pretensiones del demandante, en base a que su parentesco, tanto con el rehabilitante del título (quinto grado colateral) como con el primer marqués, era más lejano que el parentesco del demandado (cuarto grado colateral respecto del rehabilitante) y negando la posibilidad de que juegue el derecho de representación cuando para llamar a los colaterales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes, puesto que el tronco común del rehabilitante, demandante y demandado eran los abuelos del primero y del tercero y bisabuelos del segundo. (L.F.R.S.).

II. DERECHO MERCANTIL

45. Falta de literosuficiencia de las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial.— Al valor de las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial para fundar sobre ellas un motivo de impugnación por el cauce procesal del número 4.^o del art. 1692 se refirió la sentencia de 5 de julio de 1976 diciendo que «el motivo ha de rechazarse porque como los propios recurrentes reconocen las Memorias descriptivas de un modelo de utilidad no son documentos auténticos a efectos de casación, pues cualquiera que sea el contenido de sus manifestaciones no son suficientes por sí solas para demostrar la certeza de unos hechos en contradicción con la conclusión a que llega la sentencia recurrida, obtenida no sólo de la propia memoria, sino de la totalidad de las actuaciones y pruebas practicadas y de un modo especial de la prueba pericial»; aunque actualmente ha sido erradicado de la regulación del recurso de casación el concepto de «documento auténtico», es de notar que esa sentencia se está refiriendo a la falta de literosuficiencia del documento en cuestión para demostrar el error denunciado; más recientemente la sentencia de 24 de marzo de 1988 dice que «aunque al mentado documento (un informe pericial) y al otro, el documento número 2 de la demanda (certificación oficial de la patente de introducción) se las concediera, en principio, valor a los fines casacionales del ordinal 4.^o, en el caso concreto, no tendrían eficacia por no reunir las condiciones exigidas por la doctrina para los errores amparados en dicho ordinal; el documento ha de ser contundente e indubitado en sí, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgado estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado por la sentencia recurrida».

Identidad sustancial entre las máquinas patentadas.— El núcleo central de la cuestión es, como señala la sentencia recurrida, «el de determinar si estas máquinas fabricadas por el demandado son iguales a las patentadas por el actor», por lo que, como establece el art. 55 de la Ley 11/86, de 20 de marzo, «el titular de una patente no podrá invocarla para defenderse frente a las acciones dirigidas contra él por violación de otras patentes que tengan una fecha de prioridad anterior a la suya», prioridad que, en el presente caso, juega a favor del actor recurrido; es decir, no se trata de realizar un examen comparativo entre las reivindicaciones de una y otra patente, cuanto de precisar si las máquinas que se dicen construidas infringiendo el derecho de patente del actor son sustancialmente idénticas a las protegidas por esa patente o por el contrario introducen novedades que entrañan una actividad inventiva.

Concepto de novedad en materia de propiedad industrial.— La sentencia de 22 de junio de 1987 dice que «la novedad que, en el Estatuto de la Propiedad Industrial, es un concepto relativo, en cuanto basta un avance de creación industrial, no alcanzado con anterioridad y que tenga suficiente trascendencia para reputarse sustancial —sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 1986 y 11 de septiembre de 1986, entre otras—, concepto que, en cierto modo, puede asimilarse al contenido en el art. 8.1 de la Ley 11/86, de 20 de marzo, en cuanto establece que «se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica, de una ma-

nera evidente para un experto en la materia»; y la de 29 de enero de 1988 establece que «como proclaman las sentencias de esta Sala, entre otras, las de 29 de noviembre de 1958, 25 de enero de 1959, 11 de octubre de 1960 y 3 de diciembre de 1966, a efectos de posibilidad de patente industrial, el legislador atiende más al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos, al estimar al respecto las modificaciones de aquél con el fin de obtener lo que con amplio criterio ha de calificarse de «algunas ventajas sobre lo ya conocido» y sin que la apreciación de novedad requiera que lo sea en la integridad del objeto de la patente, sino simplemente que sea significativamente relevador de modificación de condiciones esenciales de un procedimiento anterior con la finalidad antes indicada de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, ponderadamente apreciado, con base en los diversos medios probatorios aportados al debate en cuestión, por el Tribunal que dictó la sentencia a que se contrae este recurso», criterios que se reiteran en la sentencia de 20 de abril de 1989 según la cual «como de manera reiterada viene declarando nuestra jurisprudencia en materia de propiedad industrial, cualquiera que sea el criterio que se mantenga sobre el fundamento del derecho de patente, manifiesto es que, por esencia, se asienta en la realidad indudable de una actividad creadora o, cuando menos, divulgadora de lo no conocido y revestida, como tal, de una característica positiva, pues si bien el art. 46 del Estatuto no requiere la completa novedad de la invención para hacerla patentable, es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria y de detalle, y las declaraciones jurisprudenciales son coincidentes en cuanto a decir que las cuestiones referentes a la novedad de las modalidades registrales tienen carácter de hecho»; en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 8 de julio de 1991, insistiendo la de 18 de noviembre de 1991, entre otras, en que es doctrina jurisprudencial la de que la declaración de novedad es cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde a los órganos de instancia. (STS de 19 de octubre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— En los órganos judiciales de instancia se acreditó que las máquinas fabricadas por el demandado, aunque con algunas diferencias, cuales dimensiones, formas, aspecto exterior e interior, sistema de transporte, tamaño y forma de las piezas de fijación de las paletas de goma, etc., coincidían en lo sustancial, e igualmente que no se habían modificado las condiciones esenciales del invento precedente, de tal suerte que entrañan un método o procedimiento distinto. (L.F.R.S.).

46. La exigencia de previsibilidad del riesgo no supone la exigencia de una prestación exorbitante.— «El evento del siniestro no era imprevisible por cuanto que la existencia de hielo en la calzada, dada la baja temperatura en lugares sombríos y en la fecha que ocurrió el accidente, debió preverse por la demandada con la debida señalización... y al hallarse demostrado que no existía en el momento del accidente señalización alguna al respecto, Europistas infringió las obligaciones que la concesión le imponía».

No hay falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamado al pleito el Consorcio de Compensación de Seguros.— «Con base a que el daño fue originado concurrentemente por la indebida maniobra de un vehículo

que precedió al del autor no identificado y en virtud de lo dispuesto por el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros que impone a dicha entidad la obligación de indemnización en aquellos casos en que el vehículo causante o el conductor sean desconocidos, no procede su acogida pues ... no se ha acreditado la relevancia, en cuanto a la mecánica del suceso, de esa conducta del vehículo desconocido y que, en todo caso pudiera interferir la relación de causalidad existente entre las circunstancias de hecho de la autovía con su superficie helada, la propia maniobra de la víctima y el resultado dañoso».

No procede la subrogación de la entidad aseguradora hasta que ésta no haya abonado los gastos de hospitalización.— «En la sentencia apelada se supedita la condena al pago de la cantidad reclamada por Asisa a que se acredite en trámite ejecutivo que efectivamente por parte de la misma sean abonados al centro hospitalario los gastos de hospitalización de la víctima ... se viene a reconocer que Asisa no ha abonado aún la factura en cuestión; ello pues supone, sin duda, que se carece del elemento de apoyatura para aplicar el derecho de subrogación a favor de la entidad aseguradora con base al art. 43 que literalmente dice: «la aseguradora una vez pagada la indemnización, podrá ejercer los derechos correspondientes»; luego si no se ha pagado la cantidad que sería objeto de esa indemnización, no cabe compartir la fórmula de la Sentencia de diferir la efectividad de esta condena a que, previamente, se acredite dicho pago ya que éste será un requisito *sine qua non* tras el cual podrá ejercitarse el derecho de subrogación». (STS de 7 de mayo de 1993; ha lugar en parte el recurso).

HECHOS.— El 16 de diciembre de 1985 el vehículo conducido por D. Carlos Iturri Garate sufrió un accidente cuando circulaba por la autopista A-8 como consecuencia de una maniobra de frenada debido al hielo que habría sobre la calzada y, al parecer, por la maniobra indebida de un vehículo que lo precedía que no fue identificado. En primera instancia el Juzgado de Azpeitia condenó a Europistas S.A. a indemnizar al Sr. Iturri 50 millones de ptas. y a satisfacer a Asisa en 123.972 ptas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de San Sebastián rebajó a 30 millones la indemnización y elevó a 6 millones la condena a pagar a Asisa. La demandada Europistas S.A. interpone recurso de casación: el Tribunal Supremo casa la sentencia para dejar sin efecto la condena a pagar a Asisa. (J.A.F.C.).

III. DERECHO PROCESAL

47. No cabe prueba de presunciones cuando hay prueba directa sobre el hecho cuestionado.— «La posibilidad (pretendida por el actor recurrente) de utilización de la prueba de presunciones como indirecta que es, queda totalmente excluida cuando sobre el hecho cuestionado exista prueba directa en el proceso, como ocurre en el presente caso, en que la Sala de apelación, como antes había hecho el Juez, declara plenamente acreditado, mediante la prueba directa obrante en autos cuya valoración no es revisable en esta vía casacional al no ser este recurso una nueva instancia, declara proba-

do, repetimos, que durante los dos años agrícolas de 1943 a 1945 el arrendador Sr. Aguirrebengoa recuperó la posesión y llevó directamente el cultivo y explotación de las tierras del Caserío «Goiburu»; que el contrato de 1931 quedó totalmente extinguido en 1943, una vez transcurridos los diez años pactados expresamente de duración del mismo y dos prórrogas de un año cada una por tácita reconducción, y que el celebrado en 10 de febrero de 1946 (con efectos de 11 de noviembre de 1945) que es el actualmente vigente, fue un contrato totalmente nuevo y en ningún modo «reproducción, continuación o ratificación del de 1931».

Norma expresa sobre imposición de costas.— «Si bien los pronunciamientos de los juzgadores de instancia en materia de costas no son revisables en casación cuando la imposición de las mismas queda supeditada al arbitrio del órgano judicial, según aprecie o no temeridad o mala fe en la conducta procesal de las partes, no ocurre lo mismo cuando el pronunciamiento sobre las costas viene predeterminado por imperativo legal, como es el caso que nos ocupa, en que el art. 134 de la LAR preceptúa «Las costas de primera instancia se impondrán a los litigantes cuyos pedimentos fueren totalmente rechazados» por lo que, al no haberlo hecho así la sentencia recurrida pues no ha impuesto expresamente al actor las costas de primera instancia, no obstante haber desestimado totalmente su demanda, es evidente que ha infringido el citado precepto». (STS de 11 de mayo de 1993; se desestima el recurso del demandante y se estima el recurso del demandado).

HECHOS.— Como arrendatario del Caserío «Goiburu» y de sus terrenos o pertenecidos, el Sr. Ormazábal Alberdi promovió contra el Sr. Aguirrebengoa Rouse (propietario-arrendador) proceso solicitando su derecho de acceso a la propiedad del referido caserío alegando ser titular de un arrendamiento anterior a 1942; el Sr. Aguirrebengoa defiende, por el contrario, que el contrato de arrendamiento vigente entre las partes es de fecha febrero de 1946 que no es continuación de otro precedente de 1931 celebrado entre el padre del propietario-arrendador (Sr. Aguirrebengoa Lardizábal) y el abuelo del arrendatario demandante (Sr. Ormazábal Usabiaga), pactado por 10 años y que se extinguió (tras el transcurso de dos prórrogas) en 1943, recuperando después el propietario arrendador el cultivo directo de los terrenos. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda formulada sobre derecho de acceso a la propiedad del arrendatario (desestimando asimismo la demanda reconventional en reclamación de cantidad por considerar inadecuado el procedimiento). La Audiencia Provincial de San Sebastián desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos. Ambas partes recurren; el Tribunal Supremo desestima el recurso del demandante, pero estima el recurso del demandado en el sentido de imponer las costas de primera instancia en su totalidad al demandante Sr. Ormazábal Alberdi. (J.A.F.C.).

48. Lugar de cumplimiento de las obligaciones.— «De conformidad con la doctrina declarada por la Sala y por aplicación de lo dispuesto en el art. 1171 del Código Civil, en relación con los artículos 1500 del mismo texto

legal y 50 del Código de Comercio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones es aquél en el que se haya hecho entrega de la mercancía».

Competencia territorial cuando la mercancía viaja a «portes debidos».— También según constante jurisprudencia, cuando la mercancía viaja a portes debidos y en defecto de cláusulas de sumisión expresa o tácita, aquélla se entiende entregada en el domicilio del vendedor (Sentencias de 2 y 15 de abril, 25 de septiembre de 1985 y 28 de noviembre de 1987)». (STS de 13 de mayo de 1993).

HECHOS.— El supuesto de hecho que origina la presente cuestión de competencia entre el Tribunal de Antequera (lugar de domicilio del comprador demandado) y el de Onteniente (domicilio del vendedor) consiste en una compraventa de plantas entre el vendedor, D. Francisco Gandía Casanova, actor que reclama del comprador, D. Antonio González Mesa, el pago de una parte del precio pendiente de abono. Parte de las plantas vendidas fueron remitidas a través de la empresa de transportes Pastor, y el resto le fueron remitidas por los propios medios de transporte del vendedor; en ambos casos la mercancía fue recibida a entera satisfacción del comprador. Se adjuntaron como pruebas un justificante de la agencia de transporte indicativo de que la remisión de la mercancía era a portes debidos, y una nota de entrega donde se expresa que «Las plantas viajan por cuenta y riesgo del comprador y a portes debidos desde la salida del almacén» y «En caso de litigio el comprador se somete a los Tribunales de Onteniente, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o domicilio». El Tribunal Supremo resuelve el conflicto en favor del Juzgado de Onteniente. (J.A.F.C.).

