

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIX
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXCVI

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	JUAN JORDANO BAREA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
JESÚS DíEZ DEL CORRAL	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
LUIS FIGA FAURA	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DÍAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERRIOL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
	RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
LÓPEZ JACOISTE, José Javier: <i>El juego, contexto jurídico</i>	509
DE PABLO CONTRERAS, Pedro: <i>La función normativa del título preliminar del Código civil</i>	533
VERDERA SERVER, Rafael: <i>Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el art. 9 LCC</i>	607
Estudios de Derecho Extranjero	
MOISSET DE ESPANÉS, Luis: <i>La mora en el Código Civil de Perú de 1984</i>	645
Información Legislativa	
A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	673
Bibliografía	
LIBROS: ARCOS VIEIRA, M. ^ª L.: <i>El mandato de crédito</i> , por Teresa Hualde.—CHABAS, F.: <i>Introduction à l'étude du droit</i> , por Gabriel García Cantero.—GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: <i>Contrato de factoring y cesión de créditos</i> , por Catalina Ruiz	

Rico.—NÚÑEZ MUNÁIZ, R.: <i>Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas</i> , por Juan Pozo Vilches.—SCHWEIZER, L.: <i>Le statut des oeuvres d'art créés en établissement psychiatrique</i> , por Alma M. ^a Rodríguez Guitián.—TOMILLO URBINA, J.L.: <i>El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra</i> , por Vicente Gozalo López.—VELASCO CABALLERO, F.: <i>Las cláusulas accesorias del acto administrativo</i> , por José María Rodríguez de Santiago.	699
---	-----

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO, M. ^a Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Isabel SIERRA PÉREZ.	733
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

—«El derecho al honor de las personas jurídicas. (Comentario a la STC 139/1995, de 26 de septiembre)», por Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN.	801
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

—«La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Años 1993-1994), por Juan Manuel ABRIL CAMPOY y M. ^a Eulalia AMAT LLARI.	819
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

SENTENCIAS COMENTADAS

—«Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995)», por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ.	885
—«Doble venta. Venta de cosa ajena (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994)», por Emiliano MUÑOZ DE DIEGO.	907
—«Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos (A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994)», por Marta SALANOVA VILLANUEVA.	943

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Pilar CÁMARA ÁGUILA, Francisco ECHEVERRÍA SUMMERS, José Carlos ERDOZAIN LÓPEZ, Pedro José FEMENÍA LÓPEZ, Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Natalia LÓPEZ CONDADO, M. ^a Isabel MONDEJAR PEÑA, Fernando MORILLO GONZÁLEZ, Carmen PLANA ARNALDOS, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Aurea RAMOS MESTRE, Encarna SERNA MEROÑO.	977
--	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
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 XLIX
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXCVI

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

N.I.P.O.: 060-96-001-3
I.S.S.N.: 0210-301-X
Depósito Legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El juego, contexto jurídico

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE
Catedrático de Derecho Civil

*«Let us say that the meaning
of a piece is its role in the game»
(Wittgenstein, PI, I, n. 563)*

SUMARIO: I. La configuración de contextos tarea intelectual de nuestra época.—II. Sesgo en el método: de la dominación del objeto a la actitud relacional.—III. «Como jugando», paradigma de actitud y de método.—IV. Juego, competición y deporte.—V. Juego frente a contrato de juego.—VI. La actividad lúdica, contexto refractario a la responsabilidad e hipersensible a la arbitrariedad.—VII. Una intencionalidad que imprime sentidos y aviva actitudes.—VIII. Espacio incardinado en la estructura relacional de la persona.—IX. Asumida alteridad.—X. Diluida responsabilidad civil.—XI. El juego, contexto de movimiento.—XII. La pelota, intuición de juego.—XIII. Juego, solidaridad y asociación.—XIV. Hipersensible a la arbitrariedad: denuncia por clamor social.

I. LA CONFIGURACIÓN DE CONTEXTOS, TAREA INTELECTUAL DE NUESTRA ÉPOCA

En los métodos actuales del Derecho ha venido a ser tarea incitante la articulación de contextos socialmente discernibles, discernibles en cuanto transidos de inspiración y sentido específicos. En el Título Preliminar del Código Civil se dice que la interpretación ha de hacerse en relación con el contexto, pero los contextos no son obvios, ni por lo común se encuentran explorados hasta su fondo, ni sus disposiciones internas son regulares y uniformes sino de varia estructura y función,

con pluralidad de ritmos íntimos y proporciones. Es así frecuente conferir sobre contextos sin atender y captar la variedad de vertientes y dimensiones que en cada uno de ellos contribuyen a conjugar la fisonomía de conjunto que los configura y distingue. Por eso el saber jurídico insta ahora puntualizaciones y métodos en que la depuración rigurosa de contextos se ofrezca como premisa crítica, como menester de primaria significación. Coincide ese nuevo momento de la Jurisprudencia con el designio intelectual, tan intensamente vivido ahora por la Filosofía de la ciencia, de elaborar proposiciones y modelos que faciliten expansiones del pensamiento, mejor inteligencia de lo ya conocido y almacenado por el hombre, y sensibilidad por «lo circundante». En ese enfoque encontró lugar propio la «teoría de los juegos» inspiradora de celebradas explicaciones acerca del comportamiento económico (1) y de las estrategias de la negociación, tan logradas y sugerentes como la de C. SHELLING (2), teoría luego culminada en los ulteriores planteamientos de la «cibernética». El término «cibernética», difundido por NORBERT WIENER, con los amplios desenvolvimientos que ofrece, viene a ser así exponente prestigioso de tal actitud científica. En ella los modelos trazan orientación a los factores eficientes. La noción de *modelo* busca no limitarse a ser explicación puramente teórica sino llegar a expresar realidades en su más propia efectividad y en su proyección analógica.

Y, en congruencia con esa perspectiva, en el orden jurídico la configuración de contextos preséntase como cauce propicio y necesario al efecto de dar razón de mundos de actividad caracterizados por la unidad de sentido. En este ensayo deseo subrayar ese requerimiento y, a tal efecto, penetrar en el ser y sentido del juego como actividad personal y esbozar sus rasgos en calidad de contexto jurídico.

Ofrécese así *el juego como modelo de contexto*. Cuando se la nombra como obvia, cuando se la alude de continuo pero no se la explica, la noción de contexto está necesitada de alguna materialización que la haga patente y la describa. Y es ésta, según creo, la ilustración feliz que el juego proyecta hacia la interpretación y hacia la vida jurídica. En el ámbito lúdico obtienen significación muy específica ademanes y conductas, movimientos y figuras, convenciones y palabras fuera de él carentes o de escaso valor designativo. En los juegos las cosas hablan por sí. El juego estructura campos de coherencia y de funcionalidad que imparten intenso sentido, un sentido que se nutre de un continuado estarse haciendo.

(1) Vid. NEUMANN y MORGENTHAU, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, 1947. Así como de contribución de NASH, SELTEN y HARSANYI, *Sobre juegos no cooperativos*, premio Nobel de Economía en 1994.

(2) THOMAS C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*. New York, 1960.

II. SESGO EN EL MÉTODO: DE LA DOMINACIÓN DEL OBJETO A LA ACTITUD RELACIONAL

Es así de mucho encarecimiento la sabiduría de crear e infundir contextos jurídicos dinámicos en los que la vida preceda a las formulaciones y las prosiga. Es la sabiduría de comunicar tensión y fuerza institucional. En la tradición histórica encontramos esa orientación en el impulso de máximas y factores tópicos a modo de pautas determinantes de actitudes mucho más que de confines minuciosos y exactos. Hoy advienen al primer plano el juego de los *principios*, el juego de las justas *posiciones* y el juego *ponderativo* de los derechos fundamentales. El reto actual del método jurídico está en conferir efectividad determinante a la dimensión relacional de la persona. Y es en esa dirección donde insinúa su sentido el contexto de juego al conceptuar y mantener al *otro* en plenaria significación de *otro* durante todo el encuentro.

Rigió antes la prevalencia de lo objetivo, el enfoque hacia objetos de dominación o pretensión; el objeto del derecho era el término delimitado, acabadamente preciso de donde emanaba la medida y posición de los sujetos. Pero lo afortunado del método jurídico ha de estar ahora en recalcar en el *otro* su dignidad personal, en mantener su presencia con valor y respeto informantes; que en modo ni ocasión algunos sea visto como objeto. La filosofía contemporánea ha insistido en superar enfoques meramente objetivistas en logro de informante interrelación personalista (3). El Derecho asimismo se enfrenta con la unilateralidad tanto de lo objetivo como de lo subjetivo, pues ofrecen insuficiente y polarizado rango configurador, para implantar formulaciones interpersonales y abiertas integradoras de una plenitud.

El sesgo en el método jurídico que ahora acontece propugna actitudes relacionales superadoras de posiciones de dominio. La tendencia se hizo presente en la competencia comercial, pero adviene postulado y directriz de actitud y de construcción jurídica. Así, incluso en trances de hacer algo junto a *otro*, la estimación del *otro* precisa estar de alguna manera por encima de la cosa a hacer; en las actividades tuitivas y de cuidado a prodigar a *otro*, la significación de éste como persona ha de restallar sobre su eventual situación o apariencia de objeto pasivo. Alcanzar cada uno el rango de persona mediante incesante reconocer y distinguir a las personas como personas, es designio que tiene valor de principio y desiderátum. La plenitud personal, y también la exigencia

(3) Entre las numerosas síntesis, *vid.*, MARCEL, *Présence et immortalité*, París, 1959, pp. 255 y ss.; JASPERS, *Philosophie*, Berlín, 1932, VII y ss.; PIEPER, *Von der Wahrheit*, München, 1947, pp. 370 y ss.; CASPER, *Das dialogische Denken*, Freiburg, 1967, pp. 35 y ss.; LEVINAS, *En décaurant l'existence avec Husserl et Heidegger*, París, 1967, pp. 25 y ss.; FRIEDMAN, *M. Buber; The life of Dialogue*, Nueva York, 1960.

del método jurídico, halláanse así en el mundo relacional mucho más que en la dominación de objetos. El *tú* personal nunca será objeto.

Mas ocurre que el desplazamiento del elemento objetivo, al apartar elementos delimitados y delimitadores, sugiere la explicable desazón de marchar como sobre suelos confusos e inconsistentes; y de ahí viene el requerimiento hacia las cautelas de integración. Se aboga así por hacer efectivas pautas de concreción y, en efecto, se las ha de incluir como referencias orientadoras, las cuales de esa forma también ganan e incrementan su propio sentido. Pues, en definitiva, las configuraciones inspiradas en la dignidad de la interrelación personal ofrecen aptitud para dar razón de lo concreto con un realismo superior a cualquier objetivismo abstracto. Y es en esa razonable atención por el hacer específico y lo objetivo del menester, pero implantada en dominante y esencial dimensión relacional, donde el juego ofrece incitantes sugerencias como contexto y como ilustración metódica.

III. «COMO JUGANDO», PARADIGMA DE ACTITUD Y DE MÉTODO

El juego es eminentemente relacional, requiere ponerse en paridad e incluso abdicar de superioridades, siquiera existan. Se juega siempre a algo, pero ese algo no se constituye en objetividad aparte, sino que es el propio transcurrir de la actividad relacional; se desenvuelve mediante conjugados movimientos, pero el movimiento no cuenta como objeto, sino como alternativa y contingencia a vivir en suerte de contexto. Las reglas son específicas de cada juego, pero, una vez establecidas y respetadas, el hacer consiguiente es recíproco y libre; viene inspirado por el más y mejor respecto del hacer y el jugar del *otro*.

Así ocurre que el giro lingüístico «como jugando» es paradigma de método. Implica acción enmarcada en actitud de ocio, por consiguiénte gustosa y regocijada, divertida respecto de los obligatorios quehaceres, y sin embargo con requerimiento de todo el ser y el poder de quien juega, por encima de toda medida. Da lugar a desarrollos que están al margen de la lógica. No es que el jugar se traduzca en un proceder ilógico, pero sí es cierto que se realiza con independencia de la lógica, pues al modo mismo del usual vivir, se encuentra informado y se nutre de incesantes atentados a la lógica. Y a quien pretendiera encerrar en lógica toda jugada se le tacharía de aguafiestas. No traba el juego un sistema lógico, sino una coherencia dinámica, intrínseca al correspondiente juego, de índole creadora, intuitiva e interdependiente. En ella el cometido objetivo a lograr no tiene sentido ni cuenta sino en relación específica con el contendiente.

La dimensión relacional es primordial; es más relevante y más tenida en cuenta que toda la materialidad a efectuar, determina a ésta, prima en razón sobre lo que hay que hacer y lo informa. La relación transcurre y se vive mediante un hacer, pero el resultado se mide y se

expresa respecto de una alteridad personal del todo determinada, de nombre concreto. El juego es así un hacer en relación con el hacer de otro con ánimo de ganarle, sobre la base de unas reglas recíprocamente aceptadas y respetadas. No cuentan pues los jugadores en cuanto seres autónomos, sino precisamente en las relaciones dentro de las cuales opera el juego el cual de ese modo despliega en calidad de contexto dinámico.

IV. JUEGO, COMPETICIÓN Y DEPORTE

A veces se constata que un cierto contexto jurídico transmigra históricamente de una a otra área jurídica. Así ocurre con el juego. Recuerdo la sorpresa que me suscitó leer en PLANITZ la antigua radicación germánica del juego en el Derecho de cosas, pues la cosa en suerte se ponía en posesión ya al cerrarse la apuesta, de forma que el resultado desplegaba su efecto en calidad de incidencia en torno a la *Gewere* (4). Luego la figura basculó hacia el Derecho de obligaciones, y en el BGB se habla incluso de los contratos de lotería y de rifa. En nuestra tradición, el juego se contempla en el mundo obligatorio con características que le confieren rasgos diferenciales, susceptibles de mucha distinción y sutileza. Pues el estricto cumplir, el cabal cumplimiento apto para satisfacer las exigencias usuales de una obligación contractual, delata en el juego, especialmente en los juegos de competición, notable insuficiencia. El juego exige que se juegue lo mejor posible, no basta con cumplir. De ese modo traza contextos de absorbente plenitud, de máximo requerimiento; y si las deudas originadas por el juego presentan la debilidad de ser acaso menos cobrables, en la actividad lúdica late exigencia de fuerte y seria entrega, conformadora de actitudes que no sólo se extienden a la buena fe, al uso y a la ley sino a poner a contribución todo el poder y el saber, plenaria e indivisible dedicación personal.

Pero no sólo hay transmigraciones, sino también, por un lado, enlaces y fusiones hacia la unidad de contextos y, por otro, absorciones hacia fuera en campos de diverso signo. En faz de lo primero hallamos una prolongación inexcindible entre juego y deporte. Pues aun cuando en éste predomine el esfuerzo físico, tal componente requiere integrarse en definitiva y formalmente en el continente lúdico. Formalmente caracteriza al juego el sentido de emulación y de porfía. La vida misma es continua competición, al menos competición tácita. PABLO DE TARSO lo encarece. «los que corren en el estadio todos corren, pero uno solo alcanza el premio; corred pues de modo que lo ganéis» (5). La deportividad responde en definitiva a mantenida disposición a entrar en juego, actitud de superación, asumir el riesgo de perder en el impulso de la decisión de ganar. ¿Pero qué es ganar? Ganar quiere decir

(4) PLANITZ, *Deutsches Privatrecht*. Wien, 1950, 175.

(5) 1 Corintios, 9, 24.

—lo recalca JOHAN HUIZINGA en su doctísimo libro— mostrarse superior a otro en el desenlace de un juego; mas con la circunstancia de que esa patentizada superioridad propende a convertirse en superioridad en general. Con lo cual vemos que se ha ganado algo más que el juego mismo. Se ha ganado prestigio y honor, y este prestigio y honor benefician a todo el grupo al que pertenece el ganador (6).

En el juego se vive la esperanza de ganar, pero ésta se integra en un área muy distinta cuando lo que se dilucida no es un hacer personal sino la directa percepción dineraria como tal. Pues entonces viene a ser muy relevante la absorción que ejerce el tráfico económico. Al cifrarse en puro resultado dinerario, el juego viene absorbido hacia campos de signo negocial. Allí donde la actividad de los jugadores no sea razón formal culminatoria en sí, se habrá pasado del ámbito lúdico al campo negocial. Por eso es ineludible mantener clara la distinción entre la actividad lúdica y los negocios de juego, entre juego y contrato de juego. Persistirá en ambos casos la denominación común de juego en razón de la actitud expectante que se mantiene respecto del resultado, pero son realidades diferentes. Ahora bien, en el momento actual, y desde la Teoría General del Derecho, el aspecto incitante para la cuestión del método, y al que exclusivamente se refiere el presente ensayo, lo constituye la actividad de juego como tal. Es en ésta donde la evasión de la personalidad respecto del ámbito de sus estrictos deberes cotidianos se hace del todo patente y palmaria, donde inquietan los interrogantes específicos del hacer espontáneo, y donde, al margen de nexos contractuales, juego y deporte evidencian sus coincidentes y sustanciales proyecciones jurídicas.

Los contextos de juego abarcan en efecto, orientaciones y variedades distintas, pero cabe trazarles un horizonte común. Me parece que la intencionalidad lúdica ofrece siempre, de una u otra forma, convergencias con el azar; convergencias que cifraría en la expectación que en todo juego se vive y se busca. El contexto de juego se sitúa entre confines protéicos y variables, pero identificables por cuanto implican ocio e inhibición frente a las responsabilidades ordinarias y las incumbeencias obligatorias. Hay en el juego expansión, manifestación de una exuberancia humana, pero que llega a ser necesidad; pues el vivir personal sin algún modo de desahogo y solaz vendría a decaer, entraría en atrofia.

V. JUEGO FRENTE A CONTRATO DE JUEGO

En los contratos de juego encontramos algún hacer por parte de los jugadores del cual se hace depender un determinado resultado negocial. Actividad lúdica y negocio jurídico de juego advienen así estre-

(6) HUIZINGA, *Homo ludens*, trad. es. Madrid, 1972, pp. 46 y 68.

chamente relacionados; pero la índole y consistencia de la actividad lúdica se echa de ver cuando se la considera en sí misma y no, en rigor, al configurarla como elemento de un negocio jurídico. Con razón se ha observado que la doctrina tiende a restar significación, e incluso calificarla de jurídicamente irrelevante, a la pura actividad lúdica desarrollada sin ánimo negocial, es decir, al no ser la misma presupuesto de un resultado negocial (7). Cuando ni se cruzan apuestas, ni se ventila suma o cantidad alguna, al no haber contraprestaciones dinerariamente estimables, ciertamente no puede hablarse de contrato (8). Son actos realizados *ludendi causa, gloriae causa et virtus*, con arreglo al *ordo certaminis*. Sin embargo, aun sin haber contrato de juego, ni de apuesta, ocurre pensar que la actividad lúdica en sí misma es materia susceptible de mucho calado jurídico. En logrado libro de WERNER FLUME se contrasta certeramente la noción de negocio jurídico frente a comportamientos no negociales pero jurídicamente relevantes, en algunos de los cuales puede ser muy del caso explorar sus calidades jurídicas (9).

En esa línea me resulta incitante la realidad social del juego y el prestigio de la deportividad. Estimo que, precisamente fuera de su consideración contractual, en la actividad lúdica como tal palpita una realidad elocuentemente expresiva acerca de qué sea un contexto, rica en intensidad analógica y, por otra parte, muy en consonancia con la significación del ocio y el deporte en el mundo actual.

Cuando del juego se hace materia contractual, la impronta configuradora de sus efectos ciérrase en la tipología del correspondiente objeto negocial, con lo que se restringe y limita la inspiración sustancial que le es propia. En cambio, considerada en sí misma, la actividad lúdica trasciende en toda su presteza y entidad, con intensa proyección paradigmática, trazando todo un horizonte hermenéutico, pues es entonces cuando se modela en contexto, en mundo vital que imprime significaciones y puntualiza alcances. Es un contexto que jurídicamente despliega sustantividad *ad intra* y *ad extra*. *Ad intra*, creando un espacio propio frente a la responsabilidad; quienes contienen quieren de algún modo hacerse recíprocamente un honor «*affectionis vel amicitiae causa*»; dícese que el darse las manos quiso expresar de antiguo que se venía sin arma alguna en ellas, y así el saludo previo a la confrontación ofrece cariz de haber depuesto el arma de la responsabilidad

(7) JOSÉP LLOBET AGUADO, *El contrato de juego y apuesta*, «La Ley», 6 de julio de 1993.

(8) *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, RCDI, 1967, p. 727 y ss. GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al art. 1799 del Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales» XXII, Madrid 1982, p. 372 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil II*, 1986, p. 453 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil II*, 21 1989, p. 421 y ss.

(9) *Vid.*, WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1979, pp. 113 a 134.

civil; diluida en explícita aceptación mutua, la responsabilidad enerva sus alcances. *Ad extra*, realzando una autonomía; la autonomía de un área que denuncia y rechaza toda intromisión, peculiarmente la injerencia de la arbitrariedad. Trátase de la sustantividad de un hacer, en el cual cada movimiento implica agotar posibilidades y sorprender consecuencias, con eminente primacía de la razón práctica sobre la teórica.

VI. LA ACTIVIDAD LÚDICA, CONTEXTO REFRACTARIO A LA RESPONSABILIDAD E HIPERSENSIBLE A LA ARBITRARIEDAD

En el juego se ventila el reto de ser capaz de hacerlo; de hacerlo y de ganar. El mero saber teórico carece aquí de trascendencia (10). El reto está en el condicionamiento que las reglas de juego le ponen a la acción requerida. Trazan estas reglas su ser al juego de que se trate. El convencionalismo que las caracteriza está en el establecimiento de las mismas, pero no afecta a las operaciones a efectuar de acuerdo con ellas. El hacer lúdico es un hacer libre, artístico, mediante el cual se busca superarse y superar. *Entrar en juego es entrar en un contexto* de signo y coherencia del todo específicos.

La capacidad de ocio y diversión se integra en la esfera jurídica de la personalidad, en el libre desarrollo de ésta. Y así ocurre que el menoscabo infligido a la aptitud para el acostumbrado esparcimiento ofrece significado de daño resarcible. Tal es el sentido de la jurisprudencia comparada cuando a la indemnización por lesión ocasionada por terceros añade la partida correspondiente a no poder ejercitar en lo sucesivo el perjudicado la afición que habrá llegado a ser su distracción habitual, como jugar al tenis o tocar el piano (11). El disfrute que el juego proporciona dimana de la conciencia de vivir *in actu* y redundante en la intimidad propia y en la dimensión relacional de la persona.

El juego implica vivir *in actu* porque el juego mantiene y despliega incesante novedad. Es la novedad del vaivén, del movimiento a que responde y en el que transcurre toda actividad lúdica. En ésta es esencial el movimiento, el cual en la peculiar variedad de cada juego parece devenir como por sí mismo, como si marchase solo. Así se explica que absorba conciencias a quienes juegan, y que se configure como un mundo propio, convencional y aparte. El juego traza un mundo de confines rotundos entre lo que es integrante y constitutivo de él y lo que es

(10) WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford, 1958 (1.ª ed. Cambridge, 1953), I, n. 385, donde sintetiza: «Learning it, will mean: being made able to do it».

(11) *Vid.*, HARVEY MCGREGOR, *Personal injury and death*. «International Encyclopedia of comparative law», XI, cap. 9, números 35 y ss.; en la jurisprudencia francesa, *Le prejudice d'agrément*, *vid.*, GENEVIÈVE VINEY, *La responsabilité: conditions*, París, 1982, n.º 261.

exterior y ajeno; desplaza a lo circundante y reafirma la sustantividad de su transcurrir.

La convencionalidad de las correspondientes reglas constituye al juego en un intramundo aparte, en un intramundo de acción propia de quienes juegan, celado a los demás. Punto este último que sugiere esclarecer cuál sea el cometido del árbitro. La acción del árbitro, se ha dicho, no es acción *de* juego, aunque sí es acción *del* juego puesto que la convención creadora del mismo la ha previsto (12). Me parece que la incumbencia del árbitro está dentro del juego precisamente en cuanto actualización sucesiva y pormenorizada de la específica convencionalidad que lo informa. Caería fuera del juego cuando no respondiera a fiel despliegue de esa convencionalidad, sino que fuera tergiversación de la misma; pero entonces ya no sería arbitraje sino arbitrariedad. Es arbitraria la conducta antijurídica del supremo poder social efectivo, el acto jurídico de los poderes públicos que resulte inapelable (13). El arbitraje discierne lo que cae fuera de lo que está dentro. Ser juego o no ser juego, he ahí la incesante cuestión del juego. En el interior del intramundo del juego no puede menos de alentar una connivencia que de algún modo resta invocabilidad al estricto orden jurídico y a sus efectos. Sin embargo, frente al exterior su autonomía es rotunda, sobremanera sensible.

La sustantividad operante en el juego determina un contexto discernible. Es un contexto *relacionante* entre los que juegan y *objetivamente* respecto de los demás. Son dos dimensiones intensamente significativas (14). Entre quienes participan en el juego vívese en plenaria asunción de lo fortuito, del azar y de la suerte. Créase así un ámbito en principio reductor de la antijuricidad en donde claudican, o se minoran, las responsabilidades que en otro caso serían exigibles en razón de los daños recíprocamente causados. En cambio, frente a la penetración en el mismo de factores influyentes extrínsecos, el contexto lúdico despliega vehemente denuncia de respulsión.

El juego como contexto jurídico preséntase así con la tensión de ser refractario a la responsabilidad, pues en él ésta adviene lábil, pero simultáneamente, hipersensible a la arbitrariedad. Si en un sentido enerva significación a los recíprocos menoscabos ocasionados en su ejercicio, en otro reafirma y realza la autonomía del correspondiente hacer y de sus vicisitudes como orbe completo, apostrofando cualquier oficiosidad ajena o intromisión en su curso. Las reglas de juego no son normas formales, sino operativas; son sustancia y ser del juego, por lo que su conculcación arbitraria supone abolición, desnaturalización.

(12) GREGORIO ROBLES, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Palma de Mallorca, 1984, pp. 42 y 43.

(13) RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1972, pp. 107 y 108.

(14) *Vid.*, HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, Madrid, 1967, II, p. 160 y ss.

Desnaturalización usualmente apreciable por cualquiera sin necesidad de prolongar reflexiones. La autonomía del juego mantiene así elocuente enseñanza a la hora de discernir la arbitrariedad y de afinar sensibilidades frente a ella.

VII. UNA INTENCIONALIDAD QUE IMPRIME SENTIDOS Y AVIVA ACTITUDES

Su continuidad de horizonte le viene al juego de la intencionalidad que lo impulsa. Es una intencionalidad que imprime sentido y aviva actitudes. En el juego la acción es culminatoria de sí misma, sin que entre en consideración determinante finalidad alguna distinta del propio jugar (15). El juego ofrece plenitud de cualidad. No tiene en cambio causa extrínseca, toda vez que su significado está precisamente en ser evasión respecto de las finalidades y de los apremios a los cuales viene el hombre constreñido en su habitual menester, en el trabajo, en los deberes y en la premura de lo perentorio. La dimensión lúdica expresa un ámbito autónomo de espontaneidades, de haceres regocijados, exornados de superfluidad.

Impulsa al juego una intencionalidad específica que se adueña de quienes juegan e imprime significación y sentido a las cosas, a las palabras y al hacer concreto. Cada juego tiene sus reglas y despliega una dinámica propia, conocida y previa al acto de jugar. La fascinación del juego, se ha dicho, consiste precisamente en que el juego se apodera de los jugadores; lo que juega es el juego mismo; juega el juego valiéndose de las personas; el jugador practica el juego como realidad que le supera (16). El juego absorbe al jugador. La tensión y el afán que le deparan tienen lugar por acaparación, al ponerlo en situaciones que le reclaman todas sus perspicacias y energías. Al jugador le llega trazada la marcha del juego pero él ha de conferir invención y continuidad renovadas mediante certera resolución de la circunstancia.

La intencionalidad específica de cada juego determina convencionalismos y entendimientos, traza significados, pero sin que éstos cuenten si no es en el propio acto de jugar al que configuran y al cual pertenecen. Así en el ajedrez la «torre», en los naipes el «as de copas», despliegan apreciación bien conocida, con estimación muy precisa, la cual, fuera del juego, en su aislada materialidad física, pierden la efectividad que les está reconocida. El juego como contexto confiere significado y puntualiza valor a las cosas de las cuales se vale, despliega función comunicativa de sentidos.

(15) «Operations ludi non ordinantur ad aliud, sed propter se quaeruntur». AQUINATE, *In librum Boetii hebdomadibus expositio*, ed., Spiazzi, Torino, 1954, p. 391.

(16) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, II, 4.

Acerca de esa función ofrecen ilustración genuina los denominados *juegos del lenguaje*. Es el papel de la palabra en la frase. «Digamos que el significado de una pieza es su papel en el juego» (17). «Dos palabras tienen diferentes usos, luego tienen diferentes significados» (18). Los nominalistas, recalca WITTGENSTEIN, cometen el error de interpretar todas las palabras como *nombres*, sin describir su uso; de esa forma mixtifican y desconocen la realidad (19). Para ellos conocer es nombrar. Pero en el juego se experimenta que se ha de atender al uso concreto que corresponda en el contexto de que se trate. La verdad se encuentra en la realidad de las cosas. El juego y la marcha del juego determinan así un sentido y, en calidad de contexto, asignan funciones y esculpen significados.

Entre los múltiples componentes de la intencionalidad desplegada en el juego sobresalen, tal vez, estos tres a los que conviene aludir: cifrar expectación, ofrecer dimensión creativa y desplegar la propia alteridad. En un acabado análisis antropológico multiplicaríanse esos aspectos, los cuales sin embargo expresan congruentemente las más avivadas actitudes personales inherentes a la tensión de jugar. Es ésta, como la de comunicarse y realizarse, ventura humana por estar en acto más y más, superación incesante.

Vivir el juego supone vivir una expectación. La expectación es elemento esencial de todo jugar, no sólo del jugar activo sino también de quien lo sigue y contempla. Es proverbial la naturaleza espectacular del encuentro agonístico, «*ut videant qui volunt*». En el juego se produce una paradójica identificación de lo intencional con lo azaroso; y ahí radican las coincidencias de los juegos de reflexión con los juegos de azar, pues tanto en unos como en otros se produce y se experimenta la intensidad de una expectación. Compónese ésta de deseo y confianza interrelacionadas y, por consiguiente, de la consiguiente ilusión en cuya virtud quien juega, como el deportista y el partícipe de una competición, se niega a dimitir de sí mismo, abdica de allanarse en aras de alcanzar una superioridad reconocida.

En el juego se ejercita la función de crear. Es el caso del balón único puesto en juego, y que, sin embargo, al describir las jugadas requiere explicarlas como «ése balón», «un balón», «aquél balón», es decir, muchos balones. El juego multiplica y crea, genera sorpresivamente lo inesperado; produce situaciones, planteamientos, eficiencias orientadas a triunfar. La creación lúdica es creación *ex aliquo*, pero auténtica creación reservada a la inteligencia. Cualquier acto cultural es creador.

(17) WITTGENSTEIN, *ob. cit.*, I, n.º 563.

(18) «*Two words have different uses, so they have different meanings*», *id. loc.*, n.º 556.

(19) «*Nominalist make the mistake of interpreting all words as names, and so of not really describing their use, but only, so to speak, giving a paper draft on such a description*» (P.I., I, n.º 383).

Así ocurre plásticamente en la técnica teatral de «crear el personaje», la cual ofrece reconocida dimensión lúdica, reflejada incluso en formulaciones semánticas como la de la lengua alemana donde la pieza escénica es un *Spiel*, un juego. Y, muy perspicazmente, MOLIERE quiso advertir al lector en la introducción a *L'Amour médecin*: «On sait bien que les comédies ne sont faites que pour être jouées; et je ne conseille de lire celle-ci qu'aux personnes qui ont des yeux pour *découvrir dans la lecture tout le jeu du théâtre*».

Consideración aparte merece el despliegue de alteridad que el juego implica. Necesita el hombre apartar de sí, *divertir*, siquiera ocasionalmente, el cúmulo de lo obligatorio que sobre él gravita; y a ello concurre el contexto de juego, pues éste le traspone y le relega tal cúmulo ante el incitante y absorbente trance de medirse con y en *otro*. Es así requerimiento e impulso relacional, en estrecha consonancia con la estructura de la personalidad.

VIII. ESPACIO INCARDINADO EN LA ESTRUCTURA RELACIONAL DE LA PERSONA

En el jugar late el diseño de diversión, y divertirse es, como bien observó SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS en su delicioso «*Tesoro*», ocuparse de alguna cosa de contento. Mas trátase de un contento en dirección hacia la expansión personal, en el que no cuenta el sentido del deber sino el de la superfluidad gustosa. La personalidad humana se pone a contribución en el cumplimiento de los propios deberes, pero mucho más elocuentemente a través de sus realizaciones espontáneas elegidas como gozo. Hablan éstas mucho más que aquéllos acerca de quién y cómo sea el protagonista, su fondo íntimo y su disposición para con los demás, sus tendencias y estimaciones. A lo largo de los tiempos el factor de diversión ofreció significación personal y colectiva muy relevante, pero ahora extravasa las materiales vigencias para implantarse en las de carácter formal como necesidad socialmente reconocida y exigible. El modo de alcanzar contento despliega hoy significación expresiva del respectivo entorno cultural; trae a las personas caracterización muy individualizadora; configura concreciones de afición intensas y pormenorizadas; determina provisiones a largo plazo, inversiones elevadísimas, áreas informativas y de publicidad de máximo relieve. Probablemente la moderna expansión técnica al imponer planteamientos uniformistas y objetivos despierta y arguye por contraste el afán de lo privativo, de lo subjetivo y gustoso. El contexto lúdico entraña sustraerse al menester obligatorio y ocuparse en el que dicta el propio albedrío; buscar plenitud por los cauces de satisfacción íntima; evadirse momentáneamente del vivir impuesto para vivir ocasionalmente un vivir personalísimo. Es, como dice la Real Academia Española, «hacer algo por espíritu de alegría y con el fin de entretenerse o divertirse».

La actividad lúdica se incardina en la dimensión relacional de la persona. No hay personalidad sino en relación con otras personas. La personalidad ofrece esencial estructura relacional, de forma que se sustenta y se moldea en el mundo de los *otros* con quienes se relaciona. El *yo* se forja en el contraste con el *tú*, a falta del cual se precipita en isolativa reducción. De ahí el valor formativo que se encarece en el juego (20), el profundo sentido humano del ocio que llega a celebrar la fiesta en calidad de compartido estado del alma (21).

El juego, como toda realidad personal, implica dimensión intersubjetiva. Para jugar se busca al *otro*; se requiere encuentro y confrontación. Puede parecer que en algunas ocasiones, cual ocurre en los llamados *solitarios*, todo está centrado en uno mismo, pero no es así. Pues aun cuando los ejecuta una sola persona, entrañará respuesta al reto creado por los autores o diseñadores del juego, o respecto de quienes ponderaron su dificultad, a más de la jactancia que los inspira; igual sucede con los juegos de hallazgo, en los que incita el vestigio de un previo hacer ajeno. El alegrarse humano es *alegrarse en relación*, como sucede en el juego, lo cual es ineludible a la hora de explicitar su sentido informante. Cífrase éste en ser vivencia de alteridad, alteridad realzada en el lance al ganar a *otro*, en torno a cuya expectación rebosan la conmoción y el contento que se produce. El *yo* precisa consolidarse en el *tú*. Se colma el *yo* en el trato con el *tú*. El disfrute lúdico emana de la tensión que opera en el componente relacional de la persona.

IX. ASUMIDA ALTERIDAD

De ese modo trátase de un disfrute que tiene lugar por retorno sobre quien juega. Palpita en el juego intensa vivencia de alteridad. Nútrese el juego de constitutiva alteridad. Se verifica en la mantenida y activa *personación* de los contendientes. No hay sólo mera aceptación, sino mutua integración. No habría ontología lúdica entre quienes permanecieran indeterminados, fungibles. El juego, para serlo, no puede menos de codeterminar. La estructura del juego es de impronta personal. Es interpersonal. La persona se trasciende a sí misma en el ejercicio de su alteridad. Por eso la idea de juego es aplicable al sentido de la vida y a la aventura de ser persona. En la competición lúdica se trata al *otro* y se le reconoce en lo que es, no dominativamente, no como objeto, sino protagonista plenario de su personalidad y de sus aptitudes, en actitud recíprocamente abdicativa de imputabilidades frente a él al asumir cada uno sobre sí el riesgo integro de la propia suerte y superación.

(20) SCHILLER, *Cartas sobre la educación estética* (carta 15). En cuanto sede de simbolismos, *vid.*, E. FINK, *Spiel als Weltsymbol*, Stuttgart, 1960, pp. 25 y ss.

(21) PIEPER, *El ocio y la vida intelectual*, trad. esp., Madrid, 1970, p. 45 y ss.

El contexto de juego es contexto de alteridad recíprocamente asumida. Se asume la acción y el movimiento provocados por el *otro* en la acción y el movimiento provocados por uno mismo. Se juega en función del jugar del *otro*, pero en ese hacer se recobra cada uno a sí mismo. Hay un recíproco medirse en la acción y mediante la acción, pero el sentido de ella está en revertir, en venir atraída sobre sí misma tanto en preeminencia como en riesgo.

La actividad lúdica viene impulsada por uno y otro de quienes la comparten. El jugar de cada uno prosigue y concierta al jugar del otro, de manera que los respectivos haceres se acogen en un transcurrir ensamblando y unitario respecto del cual hay plenaria asunción por cada parte. Y es ésta la razón de que amengüen, y aún se diluyan, las responsabilidades que entre ellos quepa exigirse a quienes juegan.

En la tradición histórica se mantiene la permanente consideración del juego y deporte como actividad emulativamente asumida en todo su alcance por quienes compiten, enervando culpas. «Cuando en una lucha o pugilato libre uno de los luchadores hubiere matado al otro, si es en un certamen público cesa la ley *Aquilia* porque el daño no se considera hecho con mala intención sino a causa de la gloria y honor» (22); y lo mismo cesa la acción por injurias, «*quare si quis per iocum aut dum certat iniuriarum non tenetur*» (23). Es ésta una constante romanista que se mantiene en el medievo (24). Y si bien algunas opiniones buscaron extender con diversos argumentos el principio *neminem laedere* a las competiciones y juegos agonales, prevaleció no obstante el considerar que se trataba de suceso casual, salvo dolo o manifiesta culpa del agente. A ello pudo contribuir la apreciación canónica de que «*homicidium casuale in ludo licito secutum, non facit hominem irregularem*» (25).

X. DILUIDA RESPONSABILIDAD CIVIL

Las restricciones a lo que jurídicamente sería exigible en otro contexto se echan de ver en múltiples aspectos. Es muy relevante que quien pierda no pueda repetir lo que haya pagado voluntariamente; y, especialmente expresiva de la naturaleza del juego, la dilución de la responsabilidad civil por daños ocasionados entre quienes juegan. Todo sucede como si, concluido el juego, no hubiera lugar a volver so-

(22) D. 9, 2, 7, 4.

(23) D. 47, 10, 3, 3.

(24) ACCURSIO, *Virtutis causa*, al D. 11, 5, 2, 1: «*causa virtutis quaedam permittuntur, quae alias non permitterentur*».

(25) *Cfr.*, COSTA, *De ludis*, II, 10, en *Tractatus universi iuris*, 7, Venetiis, 1584.

bre lo que en el mismo ocurrió, lo cual guarda consonancia con la configuración de la actividad lúdica como sustantividad aparte y autónoma.

Las demandas en torno a las cuestiones del juego encontraron ante los Tribunales significativa paralización. Se ha ponderado en consecuencia como más propicia la solución del arbitraje (26). En la tradición inglesa alúdece a cierta sentencia según la cual se entraría a juzgar esas reclamaciones cuando la Corte tuviera resueltos todos los demás asuntos pendientes (27). Frente a ese indiscriminado recelo, se vino distinguiendo entre juegos lícitos e ilícitos, negando acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, y señalando, por otra parte, que el que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente.

Y aquí se hace patente la tan necesaria diversificación entre juego y contrato de juego. Pues cuando la jurisprudencia encarece como exigibles los resultados económicos del juego, en modo alguno lo hace sobre la base de considerar a la actividad lúdica como tal. Lo hace, expresamente, en razón de existir una obligación contractual, obligación a la que la fuerza del tráfico mantiene en conjetura negocial.

Como observa HUIZINGA (28), no podía evitarse que el concepto de *resultado*, como *record*, surgido en el deporte confluyera en la mentalidad económica, la cual adviene especialmente presente y conformadora en el área de los contratos de juego. Los contratos de juego ofrecen estructura emancipada de la actividad lúdica. En ellos queda ésta oscurecida y sin relieve específico, pues viene a ser sólo cauce de unos resultados cuya trascendencia está en el objeto contractual estrictamente dinerario. El dinero, como activo patrimonial líquido, inserta su nominalismo y reconduce la dinámica del juego hacia el tráfico comercial. Los establecimientos de juego en calidad de empresas mercantiles determinan tendencias amplificadoras del área de los juegos tratados como lícitos. Influye al efecto la organización de las loterías y la permisión por parte de los Estados de cada vez más variedades de apuestas y juegos en los que se ventilan importantes sumas dinerarias.

Así, la STS de 30 de enero de 1995 declara que «el ámbito de aplicación del art. 1798 CC, que priva de acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, ha sido restringido por interpretación judicial a los juegos prohibidos, no extendiéndose a los autorizados y reglamentados... los cuales obligan a pagar al que pierde, y el

(26) Vid., JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN, *El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas*, «La Ley», 25 de octubre de 1994.

(27) Cfr. HARNETT and THORTON, *A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept*, «Columbia L.R.», 1948, 1190 y ss.

(28) HUIZINGA, *ob. cit.*, p. 236.

que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado... como resulta de la seriedad del tráfico comercial en que se integra plenamente la práctica del juego en aquellos locales y casinos que, ajustándose a las específicas exigencias legales, hacen de tales juegos objeto propio de su actividad pública; sin que la facultad moderadora a que se refiere el art. 1801, ejercida por la Sala de instancia, haya de transformarse en desestimación de la demanda, dado el carácter excepcional que en la actualidad, según lo expuesto, habría de atribuirse al empleo de la facultad desestimatoria de la demanda, también regulada en dicho artículo, por circunstancias especialísimas que no concurren en el caso...» (29). El principio de seguridad del tráfico absorbe en suma al contrato del juego su base y efectos y lo establece cada vez más como específico negocio jurídico dinerario.

De ese modo carece de sentido buscar la índole estrictamente propia de la acción lúdica en los contratos de juego. Se la ha de encontrar en el curso de su propia marcha; curso acerca de cuya naturaleza es muy expresiva la neutralización experimentada por la responsabilidad aquiliana.

Respecto de los daños mutuamente ocasionados, la plenaria alteridad asumida en el juego se traduce en una causa de justificación; en tanto no haya dolo o culpa grave opera como razón excluyente de la antijuricidad. Por eso se suele hacer notar lo excepcional de las condenas penales en este ámbito (30). En el área de la responsabilidad civil el tema es de creciente actualidad, orientado a muy común exoneración de resarcimientos entre los partícipes de juegos y deportes. En la jurisprudencia anglosajona se recalca la aplicación del principio *volenti non fit injuria* (31), así como la *voluntary assumption of risk* inherente a tales competiciones (32). Entre nosotros se estima de modo prácticamente unánime que los juegos y deportes se practican a riesgo propio.

En la jurisprudencia aparecen frecuentes sentencias en las que, con uno u otro argumento, se desestiman respecto de actividades de ocio y deportivas perjuicios que en otros ámbitos ofrecerían mucho relieve jurídico.

(29) Cfr. Asimismo STS, 1.ª, de 23 de febrero de 1988 y RD. 44/1977, de 11 de marzo, sobre aspectos penales, administrativos y penales del juego.

(30) CEREZO MIR, *La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», XL, II, 297 y ss.

(31) Vid. como paradigmático, WOOLDRIGE V. SUMMER, 1962, 2 All. ER, 978.

(32) FLEMING, *The law of Torts*, 1983, p. 73, con amplia enumeración de casos: «Participants in games of sports involving a likelihood of bodily contact, such as wrestling or boxing, consent to all risks ordinarily incidental, thought not to undue violence or unfair play».

Así es muy indiciaria la sentencia sobre responsabilidad civil derivada de un partido de pelota o pala, en el curso del cual y como consecuencia de un pelotazo, uno de los jugadores perdió un ojo por efecto de un golpe recibido. Se declara que «no existe doctrina jurisprudencial en el marco del Derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación, no ya normativa sino tampoco reglamentaria, salvo la Ley del Deporte que no toca temas de este tipo, circunstancia ésta que da lugar a que tales cuestiones hayan de reconducirse al art. 1902 del Código Civil». En relación con cuyo precepto, «no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición, de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar deseado; todo lo cual conduce a estimar que al demandado no le es imputable a título de culpa o negligencia el acto que originó la pérdida del ojo del actor, en cuanto tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable» (33).

En otro interesante supuesto, en relación con el deporte hípico, la demanda se refería a los daños sufridos por quien en campo abierto practicaba la equitación sobre un caballo alquilado en un picadero, frente al propietario del mismo (34). Se alegó que la causa de la caída fue que el caballo se desbocó comenzando a correr incontroladamente, basándose la pretensión en los artículos 1902 y 1905 del Código Civil. Pero se resuelve negativamente. «En tal caso el riesgo que se desencadena, no ya para los terceros sino para el jinete que lo monta, no deriva de la existencia del animal, ni de su posesión por el dueño, sino sólo de su uso y posesión por parte del jinete, es decir, que el riesgo nace de la misma práctica de la equitación como ejercicio deportivo. Tal deporte aún en las más óptimas condiciones de doma, temperamento y carácter del animal contiene en sí mismo, como tantos otros deportes, un grado de riesgo inevitable y no eliminable jamás, que se crea y surge por el hecho mismo de practicarse».

XI. EL JUEGO, CONTEXTO DE MOVIMIENTO

Al observar la estructura del juego, sorprendemos su relación con el movimiento. Y es ésta la razón de fondo de donde, según creo, dimana y se genera el contexto del juego. Bien porque el hacer del jugador implique un mover o un moverse, o siquiera en quietud personal se viva una referencia al movimiento; bien porque se pugne en prosecu-

(33) T.S. 1.º S. de 22 de octubre de 1992. La demanda indemnizatoria había sido estimada por el Juzgado, uno de los de Bilbao, incrementando la cifra la Audiencia. El T.S. da lugar al recurso y absuelve íntegramente al demandado.

(34) A.P. de Segovia. Sentencia de 18 de abril de 1994.

ción de un vaivén, o se porfíe por ver o llegar antes o más; en todo juego me parece intervenir movimiento, alguna forma de movimiento. En el juego se debate un contender en movilidad.

En el juego hay que habérselas con el movimiento. Mas no se trata de la obligación de dominar el movimiento, sino, por el contrario, de asumir su contingencia. En el Código de Circulación se nos dice que los conductores han de ser en todo momento *dueños del movimiento* del vehículo. Pero en el juego se trata precisamente de aventurarse y contender con él, de aceptarlo como expectación o como azar, de atinar o inducir su marcha, de aventajarlo de algún modo. Aun antes de toda intencionalidad humana, los juegos de la naturaleza evocan movimiento según lo declaran muy usuales expresiones, como los juegos de luces, de colores, de las olas, de las nubes y las estrellas. Y, ya en la actividad lúdica propiamente personal, el movimiento entra como tensión, como vivencia acogida o promovida, como destreza o competición, como visión o estrategia, como *eudaimonía* o *energeia*, en suerte de oportunidad, esfuerzo o acierto.

Entre quienes juegan y el movimiento con el que juegan se crea e induce un contexto. Es un contexto dinámico y autónomo. En él los que juegan se aceptan entre sí y aceptan las contingencias, y los que no juegan no pueden ni intervenir ni influir su curso; y si por lo primero se atenúan las mutuas responsabilidades, por lo segundo se acrecientan y avivan recalçadas denuncias de cualquier arbitrariedad o injerencia. El juego traza un círculo de reglas y haceres al margen de la vida ordinaria. El movimiento no es el fin de la acción desplegada, pues lo es el ganar, pero sí es su contexto. Se juega mediante movimientos, se juega con el movimiento.

El contraste que el juego delata frente a otros contextos radica, probablemente, en la manera como el movimiento entra en consideración. En el mundo propio del Derecho, sus métodos han solido tratar las cosas y las conductas en calidad de *objeto*, objeto como finalidad o dominación en términos de quietud o al menos de pasividad; así se ha concebido por lo común el objeto de derecho. Pero en el juego el movimiento no entra propiamente como objeto, sino como dinámica en sí. El objeto, enseña la filosofía, no es la cosa en sí misma, sino la cosa en su precisa relación con el sujeto (35). Tomado como objeto, el movimiento involucra agravadas derivaciones hacia la responsabilidad. Pero en el juego el movimiento no entra como objeto jurídico, sino *como cosa en sí*, en su despliegue propio, en su dinamismo autónomo; dinamismo en función del cual la actividad lúdica sobrepaja esfuerzos, ceta saberes y expectación, en suma, trata como realidad a intuir y a vivir, a ganar.

(35) Vid., LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, *Filosofía del saber*, Madrid, 1962, cap. III.

En el contexto de juego porfían clarividencias acerca de movimientos, ya sea del movimiento en sí mismo o de las inflexiones a su marcha ocasionadas por otros jugadores o, sobre todo, respeto de las oportunidades que su transcurrir depara en función del específico sentido de la propia confrontación. La intuición lúdica es consciencia, pero consciencia inmediata. Es visión que apenas se distingue de lo visto; conocimiento en celeridad y coincidencia, en acción. Es intuición inefable, y así se contrapone a la sucesión de los tramos lógicos del pensar discursivo y científico, a la meditada racionalidad de la inteligencia. Pues si la inteligencia analiza y divide para preparar la acción, la intuición consiste en la visión simple que ni divide ni compone sino que vive la realidad en su propio durar, se dirige a lo que se mueve y se hace (36). En el juego, tanto para quien juega como para el espectador, late la emoción de intuir, la cual ni tendría sentido ni ofrecería goce si el movimiento contara como objeto dominado en lugar de ser contingencia a experimentar y vivir.

XII. LA PELOTA, INTUICIÓN DE JUEGO

Si en el juego el movimiento no entra en consideración como *objeto*, sino como *cosa en sí*, es del caso parar la atención en algo que lo materialice. Y ahí viene el significado de la pelota. La pelota, observa GADAMER, es exponente de movimiento, del movimiento con el cual responde a las iniciativas del jugador (37). Además del juego que con ella se hace, ofrece entidad como cosa dotada de movilidad propia, circularmente autónoma, de potencial multiplicación lúdica en eventualidades y sorpresas a libre habilidad. Cada ir y venir suyo tiene su desconcierto; y cada tanto jugado su estética y su tensión (38).

De ese modo la alusión a la pelota en el decurso cultural ha sido permanente. En el Digesto son abundantes los pasajes que dan razón de supuestos litigiosos relacionados con su juego. Pero el tema es recurrente en el pensamiento filosófico a través de ejemplificaciones muy expresivas, especialmente como alegoría evocadora de acontecimientos y cursos vitales.

(36) BERGSON, *La pensée et le mouvant*, París 1934, 351 y ss.

(37) *Ob. cit.*, II, 4.1.

(38) Así, MIGUEL DE UNAMUNO, *Un partido de pelota*, «De mi país» (C. Austral, 1943, p. 53): ¡Qué hermoso el 33! ¡Soberbio fue, sublime!; sacó uno de aquellos saques cortos, rápidos, en que gime la pelota con grito agudo... Pero Mardura la arrancó del suelo, sacó a pulso y punta, y empezó el peloteo. Vuelve a cogerla Vicente, la toma con suavidad, y sin ruido alguno, sin esfuerzo aparente, acariciándola, y la lanza con un vigoroso empuje: era como un cosquilleo que pusiera fuera de sí a la pobre, y como si ella, excitada, nerviosa, se arrancara en violentísima carrera!. La toma el Chiquito y corta; le restan, vuelve, venga pelota, golpe aquí y golpe allí... dos paredes que son contes-tadas con otras dos; corre y es recogida en las sillas. ¡Qué tanto!

En los preludios del Renacimiento encontramos en torno a la pelota intenso simbolismo en los «Diálogos» de NICOLÁS DE CUSA titulados *De ludo globi*, donde se describe su movimiento físico como expresión del ascenso espiritual (39). Modernamente la idea está poéticamente acariciada y expresada por RILKE, en sus memorables *Neue Gedichte*. La pelota (*der Ball*), «está entre caída y vuelo todavía indecisa», es «muy poco como cosa» (*zu wenig Ding*); se «libera y sustrae al impulso», pero sin embargo es «bastante cosa todavía» (*doch noch Dign genung*) para que pueda transformarse en espíritu». «Su realidad no está en ser cosa, sino en las curvas que describe». «En el juego sucesivo de arrojar y recoger, se cifra el juego del mundo»; «en tanto tú apreses lo por ti mismo arrojado, todo es destreza y perdonable ganancia», pues el hombre colma su ser en la medida que traspasa sus propios límites (*Überschreiten*) y acepta el riesgo del vivir (40).

En contraste con la plenitud de la esfera, que es plenitud inmóvil, la pelota expresa plenaria movilidad. Y aunque sometida a las leyes de la dinámica, desenvuelve incontables variaciones. Por eso figura entre los objetos de juego más naturales y perfectos. Nunca se juega más que con objetos que a su vez juegan con el jugador (41). Juegan con él las cosas en tanto le suscitan expectación, y la pelota en su impulso y movimiento crea, recrea y mantiene los caprichos del azar.

XIII. JUEGO, SOLIDARIDAD Y ASOCIACIÓN

Escribe MELA en el Digesto que si varios jugasen a pelota y uno, golpeándola con más fuerza, la hubiese lanzado sobre un barbero, ocasionando heridas a quien éste afeitaba, queda obligado por la ley *Aquilia* cualquiera de los que fueran culpables (42). Todos usaban y se servían al efecto de la misma pelota, de forma que el impulso incide sobre el herido como proveniente del grupo. Las relaciones de uso entre varios tienden a ser solidarias, pues, como enseña el jurista, «el uso es para cada uno *in solidum*, y no hago yo menos uso de unas termas o de un porche por el hecho de que otro las use también» (43). Pero parece que en los usos del juego la solidaridad se reafirma y viene a ser especialmente operativa.

(39) Vid., M. REDING, *Die Aktualität des Nicolaus von Kues*, Berlín, 1964, pp. 53 y ss.

(40) Cfr. RILKE, *Neue Gedichte*, III, 251, 274, 348.

(41) BYTENDIJK, *Der Spieler*, «Das Menschliche». Stuttgart, 1958, 208 a 229.

(42) D. 9, 2, 11 pr.; y 4.

(43) D. 13, 6, 5, 15.

El jugar de cada uno se produce en prosecución mutua, es inexcindible del jugar del otro. Resulta así una actividad de continuidad solidaria. Si la partida se ventila entre dos contendientes gana uno pero el juego ha sido de ambos. La solidaridad resplandece aun más entre quienes forman un grupo o equipo, pues viven en unidad intencional de esfuerzo y de acción. El resultado lo obtiene el equipo como tal y la confrontación con otros equipos afirma y conjuga la unidad de cada conjunto. De esta forma la solidaridad del juego se proyecta asociativamente.

El juego vive de sostenida alusión a los demás partícipes. Así ocurre que encierra operante espíritu asociativo. HUIZINGA subraya que el equipo de jugadores propende a perdurar aún después de terminado el juego. «El club corresponde al juego como el sombrero a la cabeza». El sentimiento de hallarse juntos en una situación de excepción, de separarse de los demás y sustraerse a las normas generales, mantiene su encanto más allá de la duración de cada juego (44). De esa manera el juego es ocasión y fundamento socialmente ejemplar de tendencia asociativa.

El juego mantenido de forma continuada por un grupo ofrece sustancial disposición a alguna forma de consolidada colectividad jurídica. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo lo aprecia así en relación con los miembros de una orquesta, «cuyo fondo —se dice— viene constituido por las actividades de ejecución musical, aunque también hay que presuponer la existencia de un patrimonio común por exiguo que sea, con lo que se dibujan los elementos de una figura societaria, que en el caso se insinúa como sociedad civil» (45). Por otra parte, son caso elocuente las Federaciones deportivas como tipo de entidades a las cuales se atribuyen incluso funciones públicas, a más de las asociaciones que se crean con fines meramente privados (46). Y es muy de recordar que en la jurisprudencia sobre sociedades de hecho resultan sobremano frecuentes las hipótesis de comisiones de festejos, así como los círculos de ocio y recreo.

XIV. HIPERSENSIBLE A LA ARBITRARIEDAD: DENUNCIA POR CLAMOR SOCIAL

En fin, el contexto de juego reclama retornar en alertada alusión, siquiera muy brevemente, a la arbitrariedad. Pues en el juego y deporte el tema de la arbitrariedad obtuvo, probablemente, sus manifestacio-

(44) HUIZINGA, *ob. cit.*, p. 25.

(45) STS, 1.ª, de 20 de agosto de 1994, la cual cita a la de 18 de noviembre de 1986.

(46) *Vid.*, STC 67/1985, de 24 de mayo, así como TS de 24 de junio de 1988, TS Baleares de 9 de mayo de 1991 y AP de Zaragoza de 20 de mayo de 1994.

nes acaso más primarias y específicas. Inseparable de la competición y del juego es la suspicacia, el recelo y rechazo de la arbitrariedad. Reluce su consideración cuando se contrastan las dos distintas directrices de imputación que derivan, respectivamente, del juego y de las faltas cometidas en el juego. Las faltas no son juego, sino negación del juego, y se imputan personalmente a los jugadores. En cambio el resultado del juego, como el juego mismo, es del equipo. Las faltas son de quienes las cometen; redundan en la marcha del juego, pero como acto sancionable se asignan a su autor (47). Y ahí viene el regresar al curso y confines del cometido arbitral. Pues al árbitro le incumbe juzgar las faltas, apreciarlas y sancionarlas, pero no le corresponde juzgar al juego mismo ni influir en su curso y resultado.

Desde luego los confines entre la falta y el curso correcto son a veces difusos y discutibles; pero si se hiciera patente que mediante extralimitaciones en la apreciación de faltas se hubiera pasado a prede-terminar el desenlace mismo del juego, se habría incidido en arbitrariedad. El juego, en ausencia de faltas, es impulso y movimiento, actividad entregada a la libre habilidad, que no encierra un punto de vista en torno a la justicia, sino un *sentido* propio; avanza hacia un final que permanece incierto hasta la conclusión. El papel del árbitro está en velar por su proseguir auténtico y en su caso restablecer su continuidad; pero no en determinar su marcha, marcha de cuyo cabal transcurrir él es custodio. La arbitrariedad, como violación de la legitimidad cometida por quien está llamado a velar por ella, nótase en el juego muy intensamente; viene estigmatizada como injerencia y desviación que al conculcar no ya normas sino principios provoca instintiva delación.

Y es en esta línea donde se hace patente la virtualidad acaso más fuerte del contexto jurídico del juego. Pues si antes se ha hecho notar la dimensión en cierto modo lável de la responsabilidad civil respecto del juego, ahora es del caso recalcar la hipersensibilidad de éste frente a la arbitrariedad. Es una hipersensibilidad que en las competiciones donde los espectadores son multitudes, exprésase en forma colectiva como protesta socialmente vehemente. Pero aun en confrontaciones restringidas, recházase como fraude o descomedida vernalización.

En torno a la arbitrariedad trazó precisiones muy certeras LUIS LEGAZ LACAMBRA, siempre presente entre nosotros. La arbitrariedad, nos dice, no puede confundirse con la injusticia. El Derecho puede ser considerado injusto, pero no puede ser arbitrario. Predicar injusticia de un Derecho es emitir un juicio de valor, pero no hace referencia a ninguna cualidad ontológica; en cambio, decir Derecho arbitrario sería, sencillamente, expresar una imposibilidad lógica (una *contradictio in adjeto*, pues sería decir que una cosa era y no era Dere-

(47) GREGORIO ROBLES, *ob. cit.*, p. 60 y ss.

cho) ya que la arbitrariedad es lo contrario, la negación del Derecho. En términos jurídicos, el problema de arbitrariedad se plantea como el problema de la vinculación de determinados órganos estatales por las normas jurídicas condicionantes de su actividad. Históricamente esta cuestión es la de la vinculación del príncipe por sus propias leyes. Arbitrario es el acto estatal defectuoso; es forma de mandato que destruye reglas y vigencias (48).

En el juego esa destrucción es clamorosa. Dado que sus reglas son base operativa y sustancial de un mundo propio, la arbitrariedad significa deshacer ese mundo, romper su encanto. Por eso arranca decepcionada indignación. Cada juego tiene su ser, de modo que si se lo pervierte pasa a ser «otra cosa». El significado último de la protesta frente a la arbitrariedad viene a ser así una denuncia *ontológica*. Los jugadores y los espectadores palpitan con el contexto del juego, pero la arbitrariedad les destruye ese ámbito aparte que, ocasionalmente, es su vivir.

La arbitrariedad en modo alguno transcurrirá inadvertida. La detecta y la acusa ese «especial sentido para con la injusticia» que, mezcla de empatía y razón, alienta en las gentes y suscita encendidas reacciones (49). La vigorosa aptitud de los contextos de juego para delatarla dimana de las actitudes de expectación que se crean y se viven. Expectación sobremanera penetrante en la ocasión, en la circunstancia, en la inesperada ocurrencia. Las estimativas de la justicia y del Derecho, así como la puntualización de sus consecuencias, se obtienen ponderativamente, mediante un juzgar pensado y reflexivo. En cambio la arbitrariedad es de apreciación inmediata, intuitiva; no es cuestión de raciocinio, sino de ver y saber ver. En el juego acontece vivir un mundo aparte en el que las consecuencias estrictamente jurídicas resultan entre los jugadores por lo común minorizadas, pero en donde, paradójicamente, la arbitrariedad que adviene desde afuera y lo vulnera es, por sí misma, clamorosa. Sugiere así acendrada sensibilidad que puede traer estímulo y denuedo aleccionador a todo el orden jurídico.

(48) LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, p. 651 y ss.

(49) EDMOND CAHN, *The Sense of Injustice*, New York, 1949 y, del mismo autor, *The Consumers of Injustice*, 1959.

La función normativa del título preliminar del Código civil

PEDRO DE PABLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES. 1.—El título preliminar del Código civil. 2.—La categoría de las *normas sobre normas*. 3.—La idea del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil: algunas precisiones previas sobre el concepto de *Constitución material*. II. EL PROCESO FRANCÉS: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1791 AL TÍTULO PRELIMINAR DEL *CODE CIVIL*. 4.—Planteamiento. 5.—Código como Constitución. 6.—Código como ley. 7.—Código como ley sobre leyes: A) El proyecto de *livre préliminaire* del año VIII. B) Una sorpresa (relativa): las fuentes del proyecto. 8.—Código como ley de leyes. III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 9.—La Constitución de Cádiz y el futuro Código civil: los proyectos de 1821 y 1836. 10.—«Desconstitucionalización» de la Constitución: las Constituciones de 1837 y 1845 y el proyecto de Código civil de 1851. 11.—Las Constituciones de 1869 y 1876. 12.—El Código civil de 1889. 13.—La reforma del título preliminar del Código, de 1974. 14.—Algunas conclusiones. IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL. 15.—Planteamiento. 16.—Aplicación por el Tribunal Constitucional de los tres primeros capítulos del título preliminar del Código Civil. 17.—Recapitulación: la función normativa del título preliminar del Código tras la Constitución de 1978. 18.—Epílogo: una (obvia) reivindicación de la ley. El ejemplo de la regulación de las fuentes del Derecho.

I. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES.

1. El título preliminar del Código civil.

Como es bien conocido, la práctica totalidad de los Códigos civiles abren su texto normativo con un conjunto de disposiciones generales

de carácter previo o preliminar a su contenido propio de Derecho privado, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general.

El fenómeno se da, en primer lugar, en el *Code civil*. Su primera manifestación es el proyecto de libro preliminar del año VIII, redactado por PORTALIS y que lleva el título «Del Derecho y de las leyes». Aunque más reducido en su concreto contenido normativo, el planteamiento general de aquel proyecto se incorporó finalmente al ordenamiento francés mediante la Ley de 14 de ventoso del año XI, «De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general», que constituyó la primera entrega del *Code civil* (1).

Después, los restantes Códigos civiles siguen el ejemplo del *Code*: así, todos los del siglo XIX, el español entre ellos, con su *título preliminar*; pero también los otros Códigos más recientes, elaborados en otro contexto, de los que constituyen suficientes y significativos ejemplos el BGB., con su *Ley de introducción*, y el Código italiano de 1942, con sus *Disposiciones sobre la ley en general* (las llamadas *Preleggi*).

La naturaleza de esta clase de disposiciones, su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina. Puede decirse que en lo único en que hay un relativo acuerdo es en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado, que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden ser de aplicación a todos los órdenes del Derecho. Mas, a partir de ahí, todo son interrogantes: ¿Por qué están, precisamente, en el Código civil? ¿En qué medida afectan a las demás leyes? ¿Limitan o condicionan de algún modo la labor del legislador?

A encontrar respuesta a esos interrogantes tratan de dirigirse las páginas que siguen. Pero, para hacerlo, es preciso aclarar antes algunos conceptos preliminares.

2. La categoría de las normas sobre normas.

«El título preliminar —ha escrito HERRERO DE MIÑÓN— es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento —fuentes, aplicación, eficacia general—. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible» (2).

(1) Sobre todo ello, *infra*, apartado II, *sub* núms. 7 y 8.

(2) HERRERO DE MIÑÓN, «Marginales al nuevo título preliminar del Código civil», *REDA*, 3, p. 361.

Ciertamente, no parece pueda haber duda de que las disposiciones del título preliminar del Código civil son «normas de normas» o, mejor, «normas sobre normas», categoría sobre cuya existencia hace tiempo que ha llamado la atención la doctrina (3). Se trata, en efecto, de preceptos en los que el supuesto de hecho del que se predica una consecuencia jurídica viene constituido por otra disposición normativa (4).

Por lo demás, la categoría de las «normas sobre normas» aparece especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del título preliminar del Código civil. Así, ZITELMANN (5) señala que aquéllas regulan: *i*) la producción de normas (fuentes del Derecho); *ii*) la interpretación y aplicación de las normas; *iii*) las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes. Como apostilla, con acierto, Luis M.^a DÍEZ PICAZO, «esta clasificación, como se ve, entra dentro de la tradición de los títulos preliminares de la codificación civil» (6).

Pese a todo, es evidente que no todas las «normas sobre normas» que es posible identificar en nuestro ordenamiento jurídico pertenecen o se integran en el título preliminar del Código civil. Por el contrario, en muchos otros textos legales hay preceptos en los que el supuesto de hecho, del que se predica una cierta consecuencia jurídica, viene constituido por otra u otras proposiciones normativas. Es el caso, ante todo,

(3) Así, por ejemplo, ZITELMANN, «Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi», trad. it. (el original es de 1919) en *Digesto Italiano*, 1961; o TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 319. De «normas sobre la producción jurídica», como equivalente de normas sobre normas, habla PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, Bolonia-Roma 1977, pp. 7 ss. En sede de teoría general del Derecho, y en sentido parcialmente coincidente, se ha distinguido entre «normas primarias» y «normas secundarias»: *cfr.* HART, *El concepto de Derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1968, pp. 99 ss. y, sobre todo, BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. esp., Valencia 1980, pp. 317 ss. En España, recientemente, Luis M.^a DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid 1990, especialmente pp. 117 ss.; *cfr.*, también, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y parte general*, Pamplona 1990, pp. 207, 211 y 277. SANTAMARÍA PASTOR, por su parte, llama a esta categoría «normas estructurales», que «son aquellas que definen el marco de creación y aplicación de las restantes normas, bien definiendo el sentido de los términos que en ellas se emplean (p. ej., art. 430 Cc., que define la posesión y sus clases), bien estableciendo las reglas de integración y organización del sistema normativo (p. ej., arts. 1.º y 2.º Cc.; art. 149.3 CE.), o bien sentando los principios generales, los valores, reglas y directrices con sujeción a las cuales debe efectuarse la interpretación y aplicación de las normas imperativas y habilitantes. En definitiva, normas estructurales son todas aquellas proposiciones que han de ser necesariamente tomadas en cuenta en el proceso de creación o de aplicación de otras normas, bien como condicionantes de la forma y contenido de éstas, bien como complemento o parámetro para su aplicación» (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1988, p. 448).

(4) *Cfr.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso...*, *cit.*, p. 211.

(5) «Sfera di validità...», *cit.*, p. 154.

(6) Luis M.^a DÍEZ-PICAZO, *La derogación...*, *cit.*, p. 120, n. 27.

de la propia Constitución, una de cuyas funciones —la única, incluso, en la visión normativista de KELSEN (7)— es regular la producción o creación de otras normas jurídicas (8); pero es el caso también de otras leyes, distintas del Código civil, que igualmente participan de esa función (9). Además, es frecuente la existencia en muchas leyes de otras «normas sobre normas», relativas a la aplicación o eficacia de éstas (10), o a las relaciones (espaciales o temporales) entre leyes u ordenamientos distintos (11).

(7) Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.^a ed., México DF, 1981, p. 232.

(8) Sobre ello, por todos, DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1987, pp. 69 ss., en especial 82 ss.

(9) Cfr., para una explicación general, DE OTTO, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 83 ss. Luis M.^a Díez PICAZO, *La derogación...*, cit., p. 58, pone el ejemplo concreto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Ahora, un caso aún más evidente lo constituyen los artículos 5 (en particular su apartado 1: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos») y 6 («Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa») de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.

(10) Así, por ejemplo, las que en otro lugar he llamado *normas de integración* (cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Curso...*, cit., pp. 211 s.): normas que no proporcionan al operador jurídico unos criterios más o menos flexibles que hayan de servirle de pauta para la exégesis de otras disposiciones —como sucede con las verdaderas reglas de interpretación—, sino que completan de forma vinculante, o bien el supuesto de hecho, o bien la consecuencia jurídica, establecidos en un precepto distinto. La norma, entonces, no es ajena a la estructura de la disposición a que se refiere sirviendo sólo de ayuda para su interpretación; sino que, constituyendo en sí misma una norma autónoma —una «norma sobre normas»—, se integra, no obstante, en el precepto al que sirve, especificando y concretando su supuesto de hecho o su consecuencia jurídica. Es el caso, por ejemplo, de cuantas normas definen, con la fórmula «a los efectos de esta ley» o similares, conceptos que luego la propia ley utiliza a lo largo de su articulado, definiendo supuestos de hecho de otras normas que forman parte de ella (así, el concepto de «consumidor» de los apartados 2 y 3 del art. 1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios; en la misma ley es, en cambio, *norma de interpretación* su art. 2.2, sobre protección prioritaria a los consumidores en determinados casos). Como ejemplos de *normas de integración* de la consecuencia jurídica de otras normas, y no de su supuesto de hecho, pueden citarse los artículos 1.250 y 1.251 Cc., sobre presunciones.

(11) Así, las frecuentes normas particulares de Derecho internacional privado y las, más que frecuentes, casi inevitables, de Derecho intertemporal.

3. La idea del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil: algunas precisiones previas sobre el concepto de *Constitución material*.

Partiendo de la constatación de que los preceptos del título preliminar del Código civil son, como ya se ha indicado, «normas sobre normas» que regulan, con pretensión de generalidad, un problema primario del ordenamiento, cual es el de la creación de Derecho y el de la aplicación de éste a los casos concretos precisados de una solución jurídica, se ha hecho común la afirmación de que aquél ocupa una posición principal, nuclear o básica en el conjunto del sistema jurídico.

En esa línea, pero precisando más, un significativo e influyente sector de la doctrina de Derecho público —así, por ejemplo, en Italia, MORTATI (12), PIZZORUSSO (13) o SANTORO PASSARELLI (14); en España, HERRERO DE MIÑÓN (15), LUCAS VERDÚ (16) o TRUJILLO (17)— ha reivindicado para las normas contenidas en el título preliminar del Código civil un valor «materialmente constitucional».

En la doctrina iuspublicista, la idea de *Constitución material*, o de *normas materialmente constitucionales*, que se opone a la de *Constitución formal* (en distinción de parecido significado a la de «ley en sentido formal» y «ley en sentido material») (18), es una consecuencia de la dificultad existente para ofrecer un concepto que pueda calificarse de «jurídico» unitario de Constitución (19). Como explica DE OTTO,

(12) Cfr. MORTATI, «Costituzione (dottrine generali)», en *ED*, XI, Milano 1962, pp. 176 s.; también en *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, Padova 1976, pp. 740 s.

(13) PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, Bologna-Roma 1977, pp. 1 ss.

(14) SANTORO-PASSARELLI, «Preleggi», en *NDI*, XIII, Torino 1966, pp. 627 ss.

(15) HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198 (1974), pp. 89 ss.; también en su trabajo «Marginales...», *cit.*, pp. 360 ss.

(16) LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. col. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981.

(17) TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), pp. 146 ss.

(18) Sobre la cual, por todos, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, *cit.*, pp. 518 ss.; o DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 168 ss.

(19) Por razones históricas, por un lado: no todos los textos autodenominados «constitución» han tenido, en todo momento, el mismo valor, ni cumplido la misma función. Y, de otra parte, a causa de la mutua imbricación entre lo estrictamente político y lo jurídico que es inherente a aquel concepto: hay «Estados constitucionales sin constitución» y Estados «aconstitucionales» (autocráticos) con un texto con ese nombre. Sobre ello, por todos, DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, pp. 11 ss.

«la expresión “Constitución en sentido formal” alude a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos. La expresión “Constitución en sentido material” alude, en cambio, al conjunto de las normas cuyo *objeto* es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no en el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto. A partir de esta diferencia es posible decir que algunas normas son *sólo formalmente* constitucionales, porque están en la Constitución escrita pero su objeto no son los órganos superiores del Estado, la materia constitucional; y que otras son *sólo materialmente* constitucionales, porque tienen ese objeto pero no están incluidas en la Constitución escrita» (20).

No es este el momento de analizar la corrección de la tesis del valor *materialmente constitucional* de las normas del título preliminar del Código civil. Según creo, para estar en condiciones de hacerlo es imprescindible estudiar previamente las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, y las razones de su pervivencia en ellos; y estudiar también, en cada caso y circunstancia temporal, el contexto constitucional en el que se ubican aquéllas. Aquí únicamente importa, para poder emitir después un juicio adecuado, dejar en claro qué se entiende, en la doctrina de Derecho público donde se asienta, por «normas materialmente constitucionales».

En ese orden de cosas, me parece que las cuestiones básicas a aclarar son las siguientes:

a) En primer lugar, que, como ya he señalado, las normas se califican de *materialmente constitucionales* —supuesto, claro es, que sean normas—, exclusivamente por su objeto: porque se supone que hay *materias* que son *propias* de la Constitución, aunque no se contengan en un texto normativo que *formalmente* reciba ese nombre (así, por ejemplo, en una simple ley). Naturalmente, esto supuesto, afirmar qué materia sea *propia* de la Constitución, y cuál no, es, en sí mismo, un ejercicio de simple voluntarismo que depende de la concepción —abstracta— que de aquélla se sustente. Así, desde luego, si se acepta la tesis normativista de KELSEN, habrá que concluir que son *materialmente* constitucionales todas las normas que regulan el nacimiento o creación de otras —qué sea Derecho, en definitiva—, cualquiera que sea el cuerpo legal en que las mismas se contengan.

(20) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 17.

b) Habida cuenta lo anterior, parece que, en principio, para calificar a una norma de *materialmente constitucional* es de todo punto indiferente que la misma sea o no *rígida*, esto es, que pueda ser o no modificada, total o parcialmente, por otra norma distinta y posterior. Aquél concepto, por hipótesis, presupone que hay una cierta *materia constitucional*, y lo de menos sería que la norma que regule la misma vincule o no para el futuro al legislador: el cambio de aquélla por éste sólo significaría que ha habido una modificación en la *Constitución material*, no que la norma antigua —lo mismo que la nueva— no formara parte de ella.

Mas, para que estas afirmaciones sean exactas —que pueden serlo, desde luego—, es necesario que se formulen en un cierto y específico contexto constitucional: *es preciso, en concreto, que la Constitución en sentido formal no sea norma suprema*. En efecto:

i) Si la «Constitución formal» es *norma suprema*, esto es, si las restantes normas quedan sujetas a ella como fundamento y límite de su validez, con una sanción jurídica en caso de contravenir sus prescripciones (esto es, con la previsión expresa de un órgano capacitado para eliminarlas del ordenamiento, por inconstitucionales), es claro que las normas cuya contravención por el propio legislador no acarree tal sanción, cualquiera que sea la materia que regulen, no pueden ser calificadas de *constitucionales*: no ya sólo en sentido formal, sino tampoco en sentido material. Como escribe DE OTTO, para que quepa decir que una norma lo es realmente «es preciso que el ordenamiento le confiera fuerza de obligar, y esto puede hacerlo incluyéndola en la Constitución escrita cuya obligatoriedad se declara, caso en el cual será constitucional, pero por razones “formales”, no “materiales”. O la fuerza de obligar le puede venir de que la Constitución se la atribuya, caso en el cual obviamente no formará parte de la Constitución misma. Una norma *sólo* materialmente constitucional no es en absoluto constitucional, y si es norma es porque la Constitución le atribuye tal carácter» (21).

ii) En cambio, si —como ha ocurrido frecuentemente en la historia del constitucionalismo— la Constitución no es norma, o no es norma suprema, nada se opone a la afirmación de la existencia en el ordenamiento de preceptos calificables, por su objeto, de *materialmente constitucionales*; y, ello, aunque éstos no vinculen al legislador

(21) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 18. Parecidamente, Luis María Díez PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., pp. 58 s., quien hace notar (p. 59, nota 58) cómo el propio MORTATI, «que no es en absoluto hostil —como es notorio— al concepto de Constitución material», afirma que la constitucionalización de las normas sobre normas permanece encomendada a la plena discrecionalidad del legislador constitucional, para la obtención de las finalidades políticas de sustraer su regulación a mayorías ocasionales y de someter el control de su observancia a las especiales garantías del juez constitucional (cfr. MORTATI, «Costituzione...», cit., p. 177). Cfr., también (más críticamente), SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid 1988, pp. 468 s.

ordinario y pueda éste suprimirlos o modificarlos libremente en el futuro, o hacer caso omiso de sus prescripciones en normas particulares del mismo rango.

Tales conclusiones resultan obvias, en efecto, si la Constitución formal no es norma, esto es, si no es fundamento y límite de las verdaderas normas, no acarreado su infracción por el propio legislador ninguna clase de sanción jurídica y dependiendo la eficacia práctica de sus principios o aseveraciones de su ulterior incorporación al texto de las leyes. Pero también son claras, a mi juicio, aunque la Constitución formal sea norma, si no lo es *suprema*, esto es, si se trata de una Constitución *flexible* (22), en la que puedan quedar integrados nuevos preceptos —*constitucionales* por razón de su objeto, modifiquen o no éstos las concretas reglas de la Constitución formal— siempre que se incorporen al ordenamiento mediante un instrumento de igual rango jerárquico al que posea aquélla (23).

Creo que, desde estas premisas, es ya posible afrontar el problema del valor o función normativa que ha cumplido, y el que cumpla hoy, el título preliminar del Código civil.

II. EL PROCESO FRANCÉS: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1791 AL TÍTULO PRELIMINAR DEL *CODE CIVIL*.

4. Planteamiento.

Resumiendo con acierto un panorama de matices naturalmente más complejos, dice GALVAO DE SOUSA (24) que hay dos modalidades de Constitución política: una, se formó gradualmente, sin un plan preconcebido, bajo el impulso de las fuerzas sociales o de las aspiraciones populares; otra, creada de repente, producto de una ideolo-

(22) El adjetivo se debe a BRYCE, «Flexible and Rigid Constitutions», en *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, I, pp. 145 ss. (hay trad. esp., Madrid 1963). Cfr., además, LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, Roma 1964; PERGOLES, «Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pp. 44 ss.; o CHIARELLI, «Elasticità della Costituzione», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp. 322 ss.

(23) Y, eventualmente, sin que dicho instrumento normativo afirme de manera expresa que reforma la Constitución formal: ello, si se acepta que «una Constitución flexible —esto es, modificable por el mismo procedimiento que se exige para la aprobación de una ley a ella sujeta— es también norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de manera expresa, porque en tal caso subsiste la identidad de la norma constitucional» (DE OTTO, *op. cit.*, p. 62).

(24) GALVAO DE SOUSA, «Remarques sur l'idée de Constitution et la signification sociologique du Droit Constitutionnel», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 16, 1967, p. 57. Cfr., también, SARTORI, «Constitutionalism: A Preliminary Discussion», *American Political Science Review*, dic. 1962, p. 859.

gía, emana de la mente del legislador, como Minerva salió de la cabeza de Júpiter. Las Constituciones anteriores al 89 pertenecen al primer tipo, como, por ejemplo, las de la República de Venecia y la de Inglaterra. Las otras tienen su origen en la Francia de la Revolución.

La observación es, sin duda, atinada. Pero lo que enseguida llama la atención del civilista es cómo lo que se predica de las Constituciones guarda un notorio paralelismo con las afirmaciones que convienen, desde el prisma del Derecho civil, a los sistemas jurídicos con y sin Código.

En efecto: si hay Constituciones que nacen *ex novo* de la ideología que inspiró la revolución francesa, también los Códigos son creación de la misma ideología (25). Así, si «la Constitución en su acepción actual (...) no es sino otro aspecto más de la serie de conquistas de la clase urbana burguesa, producto de la industrialización, que trata de imponer su concepción racionalista clásica también en el campo de la política y del Estado» (26), la codificación es la esencial manifestación de la misma pretensión (27) en el campo del Derecho (28). Desde este

(25) Por supuesto, la palabra «código» —como, igualmente, el término «constitución»— tienen una larga tradición histórica (*cfr.*, por todos, MORTARI, voz «Codice (storia)», *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, pp. 228 y ss., o TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 2.ª ed., Madrid 1980, p. 500); pero, como dice B. CLAVERO [«Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni Fiorentini*, VIII (1989), pp. 84 s.], «la codificación que ha querido encontrarse en otros tiempos constituía un imposible histórico por las mismas características de unas sociedades: estructura sectorializada de su orden y carácter jurisprudencial de su ordenamiento, frente a lo que vino a definirse el Código (...). Definitivamente la Codificación sería obra del *grand jurisconsulte que s'appelle la Révolution*». Y es que, «antes en concreto de la Revolución francesa no había alcanzado existencia por parte alguna de Europa la misma forma de Derecho que puede conferirle al Código su autoridad normativa: Ley constituyente (...). Para ser norma extensa, que cubre un ordenamiento de materia, y articulada, que lo hace con coherencia, la Codificación también precisaba de un requisito sustantivo no menos moderno ni menos en sí revolucionario: Sujeto unitario. A dichos efectos, se necesitaban Revoluciones, esto es, en su dimensión normativa, Constituciones, o se precisaban en particular Declaraciones de Derechos constitucionales; con las unas llegaría tal tipo de ley y con las otras dicha especie de sujeto. Solamente entonces la Codificación se define como objetivo; sólo ahora puede hacerlo. Ya las Constituciones más característicamente revolucionarias suelen históricamente traer, como capítulo de fundamento, su Declaración de Derechos: ley constituyente y sujeto unitario a un tiempo. El mismo planteamiento del Código sólo entonces en rigor resultaría plausible» (B. CLAVERO, *op. cit.*, pp. 81 s.).

(26) DE ESTEBAN, *Constituciones españolas y extranjeras*, I (estudio preliminar), Madrid 1979, p. 20.

(27) La idea inspira el mismo título de una de las obras de ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973.

(28) Esta interdependencia entre constitucionalismo y codificación —entendidos ambos términos en el preciso contexto geográfico, temporal e ideológico señalado— ha sido destacada por la generalidad de la doctrina. *Cfr.*, por todos, TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989, y TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bolonia 1976, y *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, 3.ª ed., Génova 1973.

punto de vista y en este contexto ideológico, Constitución y Código no son conceptos antitéticos, ni siquiera distintos, sino que, más bien, ambos se presentan como complementarios, referido cada cada uno, con idéntica pretensión de fondo (29), a un distinto sector de la realidad: la política y el Estado, aquélla; y el Derecho, ésta (30). Puede decirse, entonces, que los Códigos aparecen destinados a plasmar, en lo jurídico, el mismo ideal que representan, en lo político, las Constituciones: la garantía a los ciudadanos de zonas exentas al poder y reservadas, en cambio, a la libertad (31).

Esta complementariedad de Constitución y Código no significa, sin embargo, al menos inicialmente, la expulsión del segundo del ámbito propio de la Constitución. Así, conceptualmente, como ha escrito B. CLAVERO, «la noción de Código ya empezó por nacer en tiempos revolucionarios y más políticamente como Constitución» (32); lo que en la práctica se traduce, en la primera Constitución francesa de 1791, en la concepción del Código de leyes civiles que había de hacerse como una suerte de prolongación de la Constitución misma (tarea todavía, en este sentido, del mismo poder constituyente), lo que se pone de relieve por la inclusión del correspondiente precepto constitucional, junto a los que ratifican y refuerzan la declaración de derechos, entre

(29) Con razón preocupará, entonces, a la Comisión encargada de presentar a las Cortes españolas un proyecto de Código civil, nombrada el 22 de agosto de 1820, llevar a cabo su labor del «modo más análogo a la Constitución». Puede consultarse el Discurso preliminar, esquema del proyecto y los 476 arts. redactados (únicos frutos de los trabajos de dicha Comisión), en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid 1970, pp. 7 y ss.

(30) «Es así el Código —escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 105)— un tipo de norma que, del mismo modo y en el mismo grado que la Constitución, trae causa de los Derechos. No constituye un desarrollo ulterior del ordenamiento, sino la ordenación inmediata de la libertad en el ámbito civil del mismísimo modo y en el mismísimo grado que la Constitución lo es o debe también teóricamente serlo en el político. No hay una secuencia de Derechos, Constitución y luego leyes, eventualmente Código. Hay una relación directa del Código con los Derechos, igual que de la Constitución. Un par de Códigos esencialmente se perfilan: uno político, más procedimental, y otro civil, más sustantivo. Y esta Codificación sería el derecho por la razón de realizar los Derechos».

(31) En España, el Discurso preliminar del proyecto de Código civil de 1821 desarrolla con claridad esta idea al afirmar que «tócale (al Código civil) desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado: determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental» (*cf.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9).

(32) B. CLAVERO, «Origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», en el vol. col. *Derecho privado y revolución burguesa* (coord. C. PETIT), Madrid 1990, p. 54.

las *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*. Y es que esta Constitución supone la instauración de un nuevo orden que necesariamente excede de lo estrictamente político, afectando sin duda al Derecho privado (33).

Mas este planteamiento originario se va difuminando poco a poco en las posteriores Constituciones. Estas pierden su inicial virtualidad para irse refugiando en el estricto ámbito de la organización política. Con ello el Código civil no sólo no pierde su primordial función como *constitution civile de la cité* (34) —en la que aparece circunscrito al campo del Derecho privado—, sino que, superando los confines de éste y con relevancia general, una parte de él va a ocuparse de reglamentar la eficacia misma de la ley en abstracto. El contrasentido de que el título preliminar del Código civil, ley ordinaria y por tanto producto del poder constituido, establezca el valor de las demás leyes, obra también del mismo poder constituido, será explicado afirmando el carácter *materialmente constitucional* de sus reglas, lo que pone de manifiesto, no tanto la definitiva mutación del concepto originario de Constitución, cuanto la extensión de los contornos de éste fuera de los linderos del texto en que se contiene la estructura política superior del Estado (al que algunos se referirán, por ello, como *Constitución formal*).

(33) Como explica B. CLAVERO, («Origen...», *cit.*, p. 57 s.), tras el inicial constitucionalismo norteamericano, «la primera Declaración francesa de derechos *de l'homme et du citoyen* ya contiene en 1789 referencias más claras a la necesidad y a la insinuación fuera del campo político, tratándose no sólo de libertad pública sino también de propiedad privada, *droit inviolable et sacré* (...). Y la primera Constitución será en 1791 todavía más directa. Junto al encabezamiento de dicha misma Declaración, comienza afirmando la sustentación de todo el sistema en la alteración radical de un conjunto de instituciones que interesan a todas las ramas del Derecho, con exigencia de desaparición precisa tanto de nobleza, distinciones de órdenes, discriminaciones sucesorias o régimen feudal de la tierra, como de justicia señorial, corporaciones y gremios de profesiones, artes y oficios, votos eclesiásticos, etc., por atentatorio todo ello contra la *liberté et égalité des droits*. No puede constitucionalmente haber excepción civil en fin al *droit commun de tous les Français* que no sólo es el político, sino así el de todo el sistema». Por eso —concluye CLAVERO—, «cuando acto seguido, en la misma norma constitucional, un título primero consagrado a las que se dicen *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, tras recalcar y ampliar la declaración de derechos, finaliza con este mandato: "Il sera fait un Code des lois civiles communes a tout le Royaume", no se está en consecuencia expulsando una materia del ámbito constitucional, sino más bien al contrario emplazándose dentro de él, difiriéndose su misma comprensión ya por las propias urgencias de este código primeramente político».

(34) Tomo la expresión de Frédéric PORTALIS [«Essai sur l'utilité de la codification, et comparaison des divers projets de Code civil, successivement présentés a nos Assemblées législatives jusques et y compris le projet du Code Napoléon», en Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. XXXII], quien contrapone la «constitution civile de la cité», que se ocupa «des intérêts fondamentaux de la société», a «la vanité des questions purement relatives a la forme politique du gouvernement», en clara referencia, con esta última frase, a la Constitución (o, si se quiere, a aquello en que había llegado a convertirse la Constitución).

La asunción por el Código civil, en su título preliminar, de este papel (*materialmente*) constitucional, en detrimento de la Constitución misma, se produce, en Francia, desde su misma entrada en vigor en 1804, como fruto de un rápido proceso que merece ser explicado con algún detalle.

5. Código como Constitución.

No sería exacto pensar que forme parte de la idea que de la Constitución tienen los revolucionarios franceses su naturaleza propiamente normativa, con virtualidad reformadora o derogatoria de la legislación anteriormente existente. Por el contrario, a estos efectos, la Constitución se limita a formular el principio del imperio exclusivo de la ley —«il n'y a point en France d'autorité supérieure a celle de la loi» (35)—, y es a ésta a la que corresponde llevar a la práctica la transposición del orden nuevo en el ámbito del Derecho (36). En este sentido, la idea de Código es instrumental respecto a la de ley, surgiendo sólo por razón de utilidad, como medio para que la ley alcance con eficacia los objetivos que le son propios (37).

En efecto, los revolucionarios franceses fueron conscientes desde el primer momento de la necesidad de reformar las leyes civiles (38),

(35) Constitución de 3 de septiembre de 1791, art. 4.º, cap. II, sec. I.

(36) Sobre el desarrollo por las leyes de los preceptos constitucionales afectantes al Derecho privado, desde 1791, *cf.*: SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, París 1898 (reimp. 1971) y GARAUD, *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 a 1804)*, 3 vols., París 1953-1978.

(37) «La novedad —escribe B. CLAVERO, («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 98)— esencialmente radica en el propio concepto de ley y en las razones por las que va adquiriendo una exclusividad como expresión del derecho: las leyes se conciben como el medio de la realización consecuentemente unitaria de unos Derechos de posición no discriminatoria (...). Con su exclusiva, ya puede irse insinuando el concepto de Código por el término, no de *Code*, sino de *Loi*: el acento recae en ésta, en una ley que debe impositivamente uniformarse para la implantación universal de los Derechos, y no en aquél, en un código que sólo es todavía vehículo sin entidad propia. Su término menos se significa al propósito, manteniendo el sentido de mero receptáculo».

(38) Dicha necesidad —que, según se lee en las *Idées préliminaires* que preceden al proyecto JACQUEMINOT de Código civil, fue la primera sentida desde 1789— se formula, además, como un derecho del pueblo, el cual —como afirmó el constituyente CRENIERE en la sesión de la Asamblea de 1 de agosto de 1789— «a le droit toujours et en tout temps, d'adopter, lorsqu'il le désire, un nouveau système d'institutions et de lois, et d'abroger celles qui existent». Lo recoge Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification, et comparaison des divers projets de Code civil, successivement présentés a nos Assemblées législatives jusques et y compris le projet du Code Napoléon», en Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. XXV.

pero inicialmente no existía unanimidad sobre el extremo de formar los Códigos: valga como ejemplo la opinión de un personaje tan destacado como ROBESPIERRE, quien creía que las leyes de un gran pueblo nunca pueden ser simples (39). En realidad, la idea del Código como parte esencial de las aspiraciones revolucionarias se debe a SIEYÉS, quien la formula como accesoria respecto a la instauración del Jurado en las controversias civiles: para que sea factible un Jurado formado por ciudadanos corrientes —no por juristas— es preciso que todo el mundo pueda conocer las leyes que aquél habrá de aplicar, lo que exige su reunión en un Código de extremada simplicidad (40). Este planteamiento pasa al proyecto de ley sobre el Jurado presentado en abril de 1790 por el propio SIEYÉS (art. 32: «les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits l'un et l'autre à leur plus parfaite simplicité») (41) y es decretado por la Asamblea constituyente en su sesión de 5 de julio de 1790 («les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs, et il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution»), siendo esta la concepción a que ha de entenderse había de responder el «Code de lois civiles communes à tout le royaume» cuya redacción preveía la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (42). En ésta, sin embargo —lo he

(39) Lo refiere ESMEIN, «L'originalité du Code civil», en el vol. *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives*, I, París 1904, p. 7. DÍEZ-PICAZO, («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, p. 476) parece dar otro sentido a la cita: «es verdad —escribe— que Robespierre había reconocido que las leyes de un gran pueblo no pueden ser simples, pero parece no ser la misma cosa la falta de simplicidad de las leyes y la de su concreción y sencillez en su manifestación exterior».

(40) «Sería previsiblemente este Código, no sólo ley unitaria, sino también derecho único, pudiendo presagiarse incluso que llegaría a prescindirse de mediación judicial: "Lorsque chacun connaîtra son droit, personne ne l'enfreindra plus". El Código haría tamaño milagro, con su estilo de claridad y simpleza y su contenido de libertades y Derechos (...). Atendida la ley a Derechos, reducido a ella el ordenamiento, sistematizado así y renovado éste, simplificado con todo y comprensible para todos, se abrigaba incluso la expectativa de que pudiese aplicársele directamente por los ciudadanos y prescindirse de los profesionales del Derecho. Para la idea de Código, este es el escenario primero» (B. CLAVERO, «Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 99).

(41) Mientras no se alcance la redacción de tales Códigos, son (transitoriamente) los juristas quienes, en la idea de SIEYÉS, han de integrar los Jurados civiles: según el art. 86 del proyecto, «quant à présent et jusqu'à ce que la France soit purgée des différentes coutumes qui la divisent et qu'un nouveau Code complet et simple ait été promulgué pour tout le royaume, tous les citoyens connus aujourd'hui sous le nom de gens de loi et actuellement employés en cette qualité seront de droit inscrits sur le tableau des éligibles pour les jurys». La solución, como he dicho, se concibe como transitoria —otra cosa es lo que luego sucediera en la práctica—, y no definitiva (frente a lo que parece entender B. CLAVERO, «Codificación y Constitución...», *cit.*, pp. 100 ss.).

(42) Sobre todo ello, SOREL, «Introduction», en el vol. *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives*, I, París 1904, p. 13 ss.; ESMEIN «L'originalité...», *cit.*, en el mismo vol., p. 5 ss.; y Frédéric PORTALIS, «Essai...», *cit.*, pp. I ss.

indicado anteriormente—, ya la codificación civil se presenta, supe-
rando su origen instrumental, como exigencia inmediata del mismo or-
den constitucional, como lo prueba la inclusión del precepto a ella
atinente entre las *dispositions fondamentales garanties par la Consti-
tution* (43): se trata, precisamente, de hacer real la *égalité* jurídica,
creando un verdadero *Derecho común* a todos los ciudadanos, sin pri-
vilegios ni excepciones (44).

En el mismo contexto —la introducción del Jurado en el orden
civil— se debate la formación del Código —defendida ya entonces
por CAMBACERES— por los constituyentes de 1793 (45). En el ar-
dor de la discusión, sin embargo, lo que empezó siendo accesorio ter-
mina convirtiéndose en principal, de modo que el Código civil no es
concebido ya como una mera forma —conveniente— de expresión
de la ley, sino como la única manifestación posible de ésta en el que
para la utopía revolucionaria es su sentido más puro y exacto: la voz
de la naturaleza y de la razón, idéntica para todos pueblos y para todos
los hombres (46). Tal es el criterio al que responde el primer proyecto de
Código civil que CAMBACERES presentó a la Convención el 9
de agosto de 1793: un conjunto de lacónicas máximas que constituyen

(43) Dentro, pues, de su título primero, junto con la declaración de derechos y la
subsiguiente proclamación abolicionaria de las instituciones contrarias a ellos, del si-
guiente tenor: «L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les
principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institu-
tions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie,
ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patri-
moniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni au-
cun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on
exigeait des preuves de noblesse ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni
aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de
leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérité d'aucun office public. Il n'y a
plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni ex-
ception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations
de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun au-
tre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution». Es por
ello, y para ello, que «il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royau-
me».

(44) Como escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, pp. 103
s.), «la empresa es de establecimiento de todo un *droit commun* de esta inspiración
constitucional y para su consecución sólo se cuenta con la ley: el Código (...). La idea
de Codificación no procede de aspiraciones anteriores de integración normativa ni de
reacciones ulteriores de moderación jurídica. Se define en el mismo momento revolu-
cionario como medio de superación de la sociedad de ordenamiento corporativo y ju-
risprudencial. Este es el concepto primigenio de *Código*».

(45) Sobre lo cual, con reseña de las opiniones —de uno y otro signo— de los
constituyentes, ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, pp. 6 ss.

(46) Pues, como la verdad es una e indivisible —escribe ESMEIN, «L'originali-
té...», *cit.*, p. 9, acotando las palabras pronunciadas por CAMBACERES ante la Convención,
en defensa de su primer proyecto de Código civil—, no legisla la Convención
sólo para Francia, sino para el mundo entero.

—como señala ESMEIN (47)— una obra completamente nueva, totalmente desligada del Derecho antiguo, destinada a inaugurar en el orden Civil lo que la Constitución de 24 de junio de 1793 —la más genuinamente revolucionaria (48)— había instaurado en el orden político. Buena prueba de cómo había entonces calado la nueva concepción del Código es que, pese a todo, no encontró la Convención el primer proyecto de CAMBACERES (que constaba de tan sólo 695 artículos) «ni lo bastante sencillo y sucinto, ni lo suficientemente revolucionario» (49); presentando aquél, en septiembre de 1794 (23 fructidor año II) y en nombre de la Comisión de legislación, un segundo proyecto, contraído a 297 artículos, que debía ser —aún con mayor razón que el primero— «le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté» (50).

6. Código como ley.

El segundo proyecto de CAMBACERES constituye la última tentativa de llevar a la práctica el ideal revolucionario de Código, nacido al abrigo del espíritu radical de 1792. Ello ya viene, en realidad, anunciado por la nueva Constitución del año III (la llamada Constitución directorial), que, si en algunos aspectos enlaza con los criterios iniciales de 1789 —y, así refuerza en la práctica el dogma de la separación de poderes—, en otros se muestra más conservadora, al ser el resultado de la derrota de los partidos revolucionarios. De ella importa destacar la reformulación del concepto de ley: ésta aparece desvinculada del mito de la razón, siendo definida como «la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos» (51). Vigente esta Constitución, el tercer proyecto de CAMBACERES, presentado al Consejo de los Quiñientos en messidor del año IV, pretende, sin renunciar a los principios básicos de la revolución, recoger y perfeccionar el antiguo Derecho, y no crear otro de la nada (52).

(47) Cfr. ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 9.

(48) Cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1984, pp. 466 ss.

(49) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid 1949 (reimp., Madrid 1984), p. 181. ESMEIN («L'originalité...», *cit.*, p. 9) afirma, por su parte, que la Convención encontró este primer proyecto de CAMBACERES demasiado complicado, demasiado largo y demasiado jurídico.

(50) De la presentación de CAMBACERES, citado por ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 9.

(51) Cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, p. 468 s. Hay un retorno al concepto de ley formulado en la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, según cuyo art. 6.º «la ley es la expresión de la voluntad general».

(52) Sobre ello, ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, pp. 10 ss.

De este modo, se produce una alteración sustancial respecto a la idea de cuál sea el contenido propio del Código civil, quedando definitivamente abandonada la utopía del Código de la razón y tratándose ahora de incorporar los nuevos principios en un cuerpo legal que, por lo demás, recoge y reforma el Derecho existente.

Ello, sin duda, implica una devaluación de la función que, originariamente, se entendió correspondía al Código. Su elaboración, es cierto, sigue presentándose como labor esencial del poder constituyente: buena prueba de ello es que, al día siguiente del golpe de Estado napoleónico de 18 de brumario del año VIII, que terminó con el Directorio y dió paso al Consulado, la Ley de 19 de brumario, tras sustituir al Directorio ejecutivo por una Comisión consular ejecutiva y los Consejos de los Quinientos y de los Ancianos por dos Comisiones de veinticinco miembros, dispuso (art. 14) que «enfin les deux Commissions sont chargées de préparer un Code civil» (53). La formación del Código se consideraba, pues, como tarea primordial del nuevo orden político; pero el abandono definitivo de la utopía revolucionaria, con la pérdida consiguiente del concepto originario de Constitución, y del concepto originario de Código, estaba ya anunciado.

7. Código como ley sobre leyes.

A) *El proyecto de livre préliminaire del año VIII.*

Hasta el golpe de 18 de brumario, se había entendido circunscrito el contenido del Código civil al Derecho privado, y a él se limitaba su eficacia revolucionaria y transformadora: todavía el proyecto de Código presentado en cumplimiento del mandato de la Ley de 19 de brumario (el defendido por JACQUEMINOT el 21 de diciembre de 1799) (54) responde a este planteamiento. La aprobación de la Constitución del año VIII (de 13 de diciembre de 1799, primera de las tres *Constituciones del Imperio*) (55) aportará, no obstante, un nuevo contexto que permite la incorporación al Código civil de reglas que exceden de los contornos del Derecho privado y resultan aplicables a todos los órdenes del Derecho.

(53) Cfr. ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 11 y n. 6.

(54) Sobre el cual, cfr. Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXII ss.

(55) Son tales, además de la citada de 13 de diciembre de 1799, la Constitución del año X (Senado-consulta de 4 de agosto de 1802) y la del año XII (Senado-consulta de 18 de mayo de 1804). Sobre las *Constituciones del Imperio*, cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, p. 469 ss.

En efecto: como se lee en el preámbulo de la citada Constitución del año VIII (redactada personalmente por Napoleón), «la revolución, reducida a los principios que la iniciaron, termina hoy». Con ello padece el inicial concepto mismo de Constitución [formulado, «con toda precisión» (56), en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789] (57) y, en lo que aquí interesa, se restringe el campo reservado al poder constituyente, ampliándose, en cambio, el posible ámbito de actuación de los poderes constituidos (esto es, de la ley).

Las consecuencias de este nuevo planteamiento sobre el contenido y función de la Constitución, y sobre el contenido y función de la ley, enseguida se dejan sentir, a la vez que se pone de manifiesto el protagonismo que, en el proceso recién comenzado, corresponde al Código civil: desde entonces, se entiende compete a un libro o título preliminar de éste regular en detalle las consecuencias de la que sigue siendo la más genuina aportación revolucionaria en el orden jurídico, esto es, el principio del imperio de la ley (58).

Así, la Comisión nombrada por el Gobierno presenta, en julio de 1800 (24 messidor del año VIII), un proyecto de libro preliminar del Código civil (que fue redactado ya por PÖRTALIS), titulado «Del Derecho y de las leyes», en el que se contemplan y regulan las diversas divisiones del Derecho —el derivado de la razón natural, el exterior o de gentes y el interior—, se define la ley y sus especies, y se disciplina la publicación, efectos, reglas de aplicación e interpretación y la derogación de las leyes (59).

El contenido del proyecto de libro preliminar del año VIII es, para comprender la evolución que vengo analizando, extraordinariamente revelador.

El proyecto divide el libro preliminar del Código civil en seis títulos. El primero aporta unas *Définitions générales*, afirmando que «existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, que no es otra cosa que la razón natural en tanto que la misma gobierna a todos los hombres» (art. 1), y un Derecho positivo, el cual

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en el vol. col. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático* (dir. PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA), 2.ª ed., Madrid 1982, p. 98; también en *ADC* (1979), pp. 291 y ss., y en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Madrid 1982.

(57) «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

(58) Su relevancia, sin duda, es tal, que con razón ha podido definir MICHELET (*Histoire de la Revolution Française*, I, París 1952, p. 21) la Revolución de 1789 como «l'avenement de la loi».

(59) Puede consultarse el texto del proyecto de libro preliminar del Código civil, de 24 messidor del año VIII, en el vol. *cit. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, pp. 306 ss.

puede ser exterior o de gentes (art. 3) e interior o propio de cada pueblo, compuesto, este último, en parte por el Derecho universal, en parte por las leyes propias y en parte por las costumbres o usos que son el suplemento de esas leyes (art. 4); y en él se define, no sólo la ley (arts. 6 y 7), sino también la costumbre (art. 5).

En el título segundo se trata de la *División des lois*, distinguiéndose cuatro especies de leyes: las constitucionales y políticas (que son las que rigen las relaciones de los que gobiernan con los que son gobernados, y las relaciones de cada miembro de la comunidad con el todo), las civiles (que gobiernan las relaciones de los ciudadanos entre sí), las que regulan las relaciones del hombre con la ley (parte de la legislación que es la garantía y la sanción de todas las leyes, y en la que se comprenden las leyes relativas al orden judicial, las penales y las de policía) y, finalmente, las que disponen sobre objetos que no pertenecen exclusivamente a ninguna de las divisiones anteriores, como las leyes fiscales, las mercantiles, las marítimas, las militares y las rurales (art. 1); distinguiéndose, en todo caso, las leyes de los reglamentos, por ser éstos variables y aquéllas perpetuas (art. 3).

El título tercero se ocupa *De la publication des lois* (60).

En el cuarto se regulan los *effets de la loi*, sancionándose —tras establecer que «le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur le point qu'elle règle» (art. 1)— el principio de irretroactividad de las leyes (art. 2) y determinándose su eficacia en el espacio (arts. 4, 5 y 6), así como la imposibilidad de derogar por pacto las leyes que pertenecen al Derecho público (art. 7) (61) y la nulidad de los actos contrarios a las leyes prohibitivas (art. 9) (62).

El título quinto, *De l'application et de l'interprétation des lois*, trata de reducir la función judicial a la estricta aplicación de la ley a los casos concretos; pero —y ello supone un giro radical frente a la concepción genuinamente revolucionaria— sin negar la posible insuficiencia de la ley (salvo que se trate de leyes penales: art. 13) y la necesidad de su interpretación, de donde que afirme que «en las materias civiles, el juez, en defecto de la ley precisa, es un ministro de equidad», entendiéndose por tal el recurso a la ley natural o a los usos

(60) Cfr. sobre la importancia —y la virtualidad revolucionaria— de las reglas atinentes a esa materia, DE LUCAS, «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1879. El modelo del *Code Napoléon*», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1989), pp. 129 ss.

(61) Téngase en cuenta que, para el proyecto, también pueden ser de Derecho público las leyes civiles, siempre que interesen más inmediatamente a la sociedad que a los individuos: cfr. art. 2 del título segundo.

(62) Pero, por lo demás, «la loi règle les actions, elle ne scrute pas les pensées, elle répute licite tout ce qu'elle ne défend pas, néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi n'est pas toujours honnête»: art. 8.

recibidos en silencio de la ley positiva (art. 11), por lo que «le juge qui refuse ou qui diffère de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice» (art. 12).

Finalmente, el título sexto trata *De l'abrogation des lois*, disponiendo que las leyes sólo se derogan por otras posteriores.

B) *Una sorpresa (relativa): las fuentes del proyecto.*

El análisis de la procedencia de las indicadas disposiciones del proyecto del año VIII pone de manifiesto bien claramente su escaso contenido revolucionario (bien que sólo desde un punto de vista cuantitativo).

En efecto. Como ha demostrado ARNAUD (63), de los treinta y nueve artículos de que constaba el mencionado proyecto, nada menos que veinticuatro recogían afirmaciones ya contenidas en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, la obra que DOMAT escribiera a finales del siglo XVII (64), sin que la mayoría fueran, por otro lado, originales de él (65); otros seis artículos están tomados de textos o autores de! Antiguo régimen; limitándose la novedad a tan sólo nueve artículos: seis procedentes de la legislación revolucionaria y tres (los contenidos en el título quinto, *De l'application et de l'interprétation des lois*, esenciales, por lo demás, para la definitiva configuración del principio del imperio de la ley) que son creación de PORTALIS.

Es más, la misma idea de introducir un libro preliminar precediendo a las leyes civiles (separadas éstas de las de Derecho público) (66), incluyendo en aquél las reglas o principios del ordenamiento entero, se debe al propio DOMAT: «On a donné a ce livre le nom de préliminaire, parce qu'il contient (des) matieres, qui étant communes à toutes les autres, et nécessaires pour bien les entendre, doivent les précéder. Et aussi les matieres de ce livre sont les premiers éléments du droit» (57).

(63) Cfr. ARNAUD, «La tradition française dans la théorie du droit des civilistes», *Arch. Philosophie du Droit* (1988), p. 261 ss.

(64) La primera edición apareció en París en 1689; pero, al decir de ARNAUD (*op. cit.*, p. 264), la obra ya estaba escrita en 1683, año en que el manuscrito le fue presentado al rey.

(65) Véanse las correspondencias que, entre los textos de DOMAT y los de PUFENDORF (*Droit de la Nature et des gens*), por un lado, y las Instituciones, el Digesto y el Código, por otro, realiza ARNAUD, *op. cit.*, p. 263.

(66) Recuérdesse que el segundo tomo de la obra unitaria de DOMAT se refiere, precisamente, al Derecho público: *Le droit public, contenant les matières qui se rapportent à l'ordre general d'un Etat, et les règles des fonctions et des devoirs de toutes sortes de professions par rapport a cet ordre*. Con razón se atribuye comúnmente a DOMAT el mérito de haber culminado el proceso de privatización del Derecho civil.

(67) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, § 1.

En su mayor parte, pues, el proyecto del año VIII no representa ninguna ruptura: por el contrario, enlaza directamente con el antiguo Derecho a través de las concepciones de DOMAT. Así, si en el tiempo genuinamente revolucionario, el adjetivo «civil», cualificando al Código, se oponía a «político» (68), ahora viene a significar de nuevo lo mismo que antes de la Revolución (69): «civil» es, sin más, «el Derecho», por oposición al «no Derecho»; donde «lo político» y el «no Derecho» son lo mismo, la Constitución, solo que juridificando las relaciones entre el poder público y los ciudadanos en su concepción originaria (70) y carente ya de contenido jurídico una vez perdida — en vías de perder definitivamente— su inicial virtualidad.

8. Código como ley de leyes.

El criterio que representa el proyecto del año VIII está presente desde un primer momento en el proceso que culminó con la publicación del *Code civil*; aunque, finalmente, se introdujeran cambios importantes y significativos en aquél. Así, la Comisión redactora nombrada por los cónsules el 12 de agosto de 1800 (24 thermidor del año VIII) (71) —formada por TRONCHET, PORTALIS, BIGOT-PREAMENEU y MALLEVILLE— postuló la inclusión en el Código de un libro preliminar titulado *Du droit et des lois en général*, manteniendo la redacción del proyecto de 24 de messidor (72). Sin embargo, no fue éste el texto que debatió el pleno del Consejo de Estado, puesto que, con anterioridad, la sección de legislación de dicho organismo ya acordó la supresión de la mayor parte de las disposiciones contenidas en el inicial proyecto de libro preliminar, eliminando sus dos primeros

(68) Cfr. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973, p. 11.

(69) Momento en el cual «civil» —que se opone, ante todo, a «canónico»— es el completo ordenamiento jurídico, fruto de la decantación del Derecho romano y de la obra legislativa de las Monarquías de la edad moderna. Cfr., por todos, DIEZ-PICAZO, *El sentido histórico del Derecho civil*, Madrid 1959, p. 39 ss.

(70) Cfr. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, 3.ª ed., Génova 1973, p. 16.

(71) Reproduce íntegramente el *arret* de 24 thermidor del año VIII, Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXV s.

(72) La Comisión finalizó su labor de redacción del proyecto que luego habrá de examinar el Consejo de Estado el 1 de pluviase del año IX (21 de enero de 1801) (cfr. Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXVI), precedido del famoso «Discours préliminaire sur le projet de Code civil», redactado por PORTALIS (cuyo texto puede consultarse en el vol. *Discours...*, *cit.*, p. 1 ss.). En dicho proyecto se recogían íntegramente las reglas y criterios del de 24 messidor del año VIII, en lo que atañe al contenido y disposición del libro preliminar del Código civil (cfr. el vol. *cit.*, *Discours...*, p. 15 ss.).

títulos y condensando las disposiciones de los otros cuatro (73) (agrupadas en un «Proyecto de ley sobre la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en general») en tan sólo ocho artículos (74), que terminan por recoger cuanto de novedoso y revolucionario contenía el texto inicial de PORTALIS: la formulación concreta y positiva de las consecuencias del principio del imperio de la ley. Por lo demás, el planteamiento de la sección de legislación fue hecho suyo por el Consejo de Estado —y por el propio Napoleón— desde la primera de sus reuniones (75).

La idea de la pertenencia al título preliminar del Código civil de las reglas relativas a las leyes en general, civiles o no, se consolida definitivamente a lo largo del proceso de formación de aquél, constituyendo el contenido de los seis artículos de que finalmente constó la ley sobre la promulgación, los efectos y la aplicación de las leyes, de 14 de ventoso del año XI (76). Tales reglas del Código extienden el contenido de

(73) «La section a pensé —refiere el propio PORTALIS— que les deux premiers (titres), qui n'offrent que des définitions générales sur le droit et sur les lois, appartiennent plutôt à l'enseignement qu'à la législation; mais dans les titres relatifs à la publication, aux effets, l'interprétation et à l'abrogation des lois, il est des objets qui appellent l'intervention du législateur» (*Discours...*, cit., p. 432).

(74) Artículo 1: «Les lois seront exécutoires, dans toute la république, quinze jours après la promulgation faite par le premier consul. Ce délai pourra, selon l'exigence des cas, être modifié par la loi, qui sera l'objet de la publication». Artículo 2: «La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Artículo 3: «La loi oblige tous ceux qui habitent le territoire». Artículo 4: «La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés». Artículo 5: «Il est défendu aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition générale et réglementaire». Artículo 6: «Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rendra coupable de déni de justice». Artículo 7: «Lorsque, para la présomption de quelque fraude, la loi aura déclaré nuls certains actes, ses dispositions ne pourront être éludées sous prétexte que ces actes ne sont point frauduleux». Artículo 8: «Les contraventions aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs ne pourront être couvertes par des conventions ni par des fins de non-recevoir». *Cfr.* PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 47.

(75) En la primera de las sesiones del Consejo de Estado en que se trató del Código civil (julio 1801) ya se acordó, tras las explicaciones de PORTALIS en nombre de la sección de legislación —y además de que el proyecto de Código se dividiría en proyectos de ley para su aprobación paulatina y separada—, que las disposiciones del libro preliminar relativas a la legislación se reunirían para su aprobación en un sólo proyecto de ley. *Cfr.* un extracto del registro de deliberaciones del Consejo de Estado sobre el Código civil (aquéllas en que intervino PORTALIS) en Frédéric PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 312 ss.; para la noticia de lo acordado en la sesión de 28 messidor del año IX, *vid.* p. 312.

(76) Artículo 1: «Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le premier Consul. Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par le premier Consul sera réputée connue dans le département ou siègera le Gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues) entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département». Artículo 2: «La loi ne dispose que

éste fuera de los contornos estrictos del Derecho privado y, al tener por objeto la ley —toda ley—, incorporan criterios primarios que informan y condicionan todo el ordenamiento (también el propiamente civil contenido en los restantes títulos del Código): primeramente, como ley ordinaria sin perjuicio de la Constitución; pero luego, y consecuentemente a la pérdida por ésta de su sentido y contenido originarios, sustituyéndola.

Cuando, el 23 de frimaire del año X (12 de diciembre de 1801), PORTALIS presenta por primera vez ante el Cuerpo legislativo el proyecto de ley del título preliminar del Código, relativo a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general, se ve obligado a hacer frente a la importante objeción de que no pertenece al Código civil el regular las leyes en general, y ello, no sólo por no ser materia propiamente civil, sino, sobre todo, por ser cuestión de naturaleza constitucional: el objeto propio del proyecto —se dirá— no puede ser abordado por el legislador, poder constituido, sino que en todo caso compete al poder constituyente. Para rebatir este modo de pensar, que revela la exacta función que correspondía a la Constitución en el primer pensamiento revolucionario, PORTALIS se limita a poner de manifiesto algo a lo que ya me he referido: que el ámbito que la nueva Constitución del año VIII deja a la acción del legislador, en detrimento de sí misma, es mucho mayor que el dejado por las Constituciones anteriores (en particular, por la del año III, a la que califica de «demasiado reglamentaria»); que, por tanto, todo el espacio no comprendido en la Constitución es del dominio de la ley; que una vez que aquélla ha sido establecida, el poder constituyente desaparece, sin que sea posible calificar de *constitucional* a ninguna materia o cuestión no comprendida en el texto fundamental; y que, en definitiva, si en las controversias eclesiásticas ha habido muchas veces necesidad de advertir a los teólogos contra el peligro de querer ser más cristianos que el Evangelio, a los que defienden la naturaleza constitucional de la regulación contenida en el proyecto de título preliminar del Código civil habría que advertirles de la necesidad que supone querer ser más constitucionales que la Constitución misma (77). Y, por lo demás, negado el valor constitucional

pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Artículo 3: «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger». Art. 4: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Art. 5: «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises». Artículo 6: «On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

(77) Cfr. PORTALIS, «Discours relatif a la publication, aux effets et a l'application des lois en général, prononcé le 23 frimaire an X», en el Vol. *cit. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publiés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. 113 ss.

del proyecto, su ubicación en el Código civil —concluye PORTALIS— responde sólo a que éste, a diferencia de otros Códigos, rige la universalidad de las cosas y de las personas, por lo que es natural que se incluyan en él las reglas relativas a las leyes en general, que no pertenecen exclusivamente a ningún orden particular de leyes (78). Es, pues, el carácter de *Derecho común* que posee el Código civil lo que explica la inclusión en él de tales reglas.

Al presentar PORTALIS, en febrero de 1803 (4 de ventôse del año XI) (79), por segunda vez, el proyecto de ley del que sería título preliminar del Código civil, se limita a señalar que sus disposiciones son como los prolegómenos de todos los Códigos, pero que su verdadero lugar se encuentra en el Código civil por comprender el mismo la universalidad de las cosas y de las personas (80): ya no se reproduce la objeción de la naturaleza constitucional de la materia regulada, pues la restricción de la virtualidad de la Constitución al orden estrictamente político es un hecho asumido, y plenamente confirmado en el orden positivo por la reforma constitucional del senado-consulta de 4 de agosto de 1802 (Constitución del año X). Significativamente, el contenido de la ley de 14 de ventôse del año XI no difiere del proyecto del año X, pese a la citada reforma constitucional; y el mismo se incluye luego, sin modificaciones, en el proyecto de ley relativo a la reunión de las leyes civiles en un solo cuerpo de leyes bajo el título de *Code civil français*, presentado al cuerpo legislativo el 26 de ventôse del año XII y promulgado el 30 siguiente (21 de marzo de 1804).

La pérdida definitiva del concepto originario de Constitución, consumada en Francia a partir de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814, contribuirá finalmente a atribuir al título preliminar del Código civil un valor jurídico esencial. Y es que, en efecto, frente a los innumerables cambios políticos y constitucionales, aquél se presenta como el

(78) Cfr. PORTALIS, discurso citado, *op. cit.*, p. 111.

(79) Cfr. PORTALIS, «Exposé des motifs du projet de loi intitulé: Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général, présenté le 4 ventose an XI», en el Vol. *cit. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publiés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. 142 ss.

(80) Parecidas son las argumentaciones de GRENIER, defendiendo la pertenencia al título preliminar del Código civil de estos preceptos sobre la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, al presentar (el 9 de ventoso del año XI) el proyecto al Tribunalado en nombre de la *sección de legislación* (cfr. *Recueil des lois formant le Code civil, avec les discours et opinions*, París, an XI, p. 43): «Les règles renfermées dans tous ces articles sont autant de principes fondamentaux en législation. Quoiqu'il s'agisse de dispositions générales, leur application n'en est pas moins certaine, et elles sont l'art d'appliquer toutes les lois. Il serait déraisonnable de vouloir les isoler; il serait innonvenant de les placer en tête de tout autre recueil de lois, tels que le *code judiciaire* ou *criminel*, quand même leur émission concourrait avec celle du *code civil*. Ces maximes doivent servir d'introduction à ce code, auprès duquel tous les autres n'auront qu'un caractère accessoire». Cfr., también, p. 28; y la similar intervención del Tribuno FAURE en la sesión de 14 de ventoso, *op. cit.*, p. 47.

texto permanente en que encuentra acomodo y formulación positiva el principio —sin duda de constante relevancia constitucional en Francia, pese a no aparecer recogido en todos los textos constitucionales— del imperio de la ley en sus más esenciales manifestaciones (81). Gráficamente se podría decir que el título preliminar del Código empieza siendo una *ley sobre leyes* y termina cumpliendo la función de una *ley de leyes*. En los preceptos de aquél acaba manteniendo el *Code*, bien que parcial y limitadamente (82), la función constitucional que, en la primera utopía revolucionaria, estaba llamado a cumplir —aunque por razones diferentes— todo él (83).

Por lo demás —frente a lo que, con alguna frecuencia, se ha apuntado por cierta doctrina (84)—, el análisis del proceso histórico que

(81) *Cfr.*, por ejemplo, para una de ellas, DE LUCAS, «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1879. El modelo del *Code Napoléon*», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1989), p. 129 ss.

(82) «La Codificación integrada —escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 110)— ya se sabe que no llegó. El Código final no es desde luego el anunciado. ¿Dónde queda su concepto? ¿Dónde su primitiva vinculación a la Declaración de una libertad paralela a la política? El Código definitivo tampoco disimula las pérdidas. Presenta la coherencia de definir sus nuevos supuestos. Otra es ahora su vocación constitucional, que la conserva. Ya se sabe que presenta un título preliminar de interés para todo el ordenamiento y unos primeros conceptos que no menos le interesan. Este es el pronunciamiento primero de su primer título: “L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément a la loi constitutionnelle”. Y antecede el título preliminar, con sus principios: “Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation”; “le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. Son cosas tan repetidas desde entonces que han podido llegar a considerarse como una evidencia inocente entre juristas de esta cultura que ahora, con el Código, se genera».

(83) Es interesante constatar cómo, de un modo oblicuo, el *Code* de 1804 ha venido a recuperar, tras la Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, su originario valor constitucional. Como explica LUCHAIRE («Les fondements constitutionnels du Droit civil», *Rev. Trim. Droit Civil*, 1982-II, p. 249; *cfr.*, también, *Le Conseil constitutionnel*, París 1980, pp. 130 ss y 174 ss.), el *Conseil constitutionnel* reconoce valor constitucional, no sólo a las disposiciones de la Constitución propiamente dicha, sino también a los textos a los cuales se refiere expresamente su preámbulo, esto es, a la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y a las disposiciones del preámbulo de la Constitución de la IV República, de 1946, en lo que concierne a los derechos y libertades de la persona humana; y el *Conseil* ha afirmado igualmente que tienen valor constitucional, dados los términos en que se expresa el indicado preámbulo de 1946 (que «reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la declaración de derechos en 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República»), *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* en cuanto consagran derechos del hombre y del ciudadano. De ahí resulta el valor constitucional del *Code* (de no pocos principios fundamentales en él contenidos), en cuanto que todo él es una *ley de la República*, ya que su último título fue promulgado el 25 de marzo de 1804, y hasta el 18 de mayo de ese año no fue proclamado el Imperio (*cfr.* LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 251).

(84) *Cfr.*, por todos, Luis María Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, *cit.*, p. 57 s.

culmina en la regulación de los efectos de las leyes en general en el título preliminar del *Code civil* demuestra inequívocamente, a mi juicio, que dicho fenómeno poco o nada tiene que ver con la existencia de una «visión estrictamente liberal del ordenamiento» en la que el derecho privado sea el Derecho por excelencia: aunque dicha visión existiera, aquél es consecuencia, sencillamente, de la identificación que el propio constitucionalismo liberal hace entre Derecho y Códigos y, esto supuesto, de la atribución al Código civil—heredero de la tradición europea del *ius commune*, reescrita por dicho constitucionalismo en busca de un sujeto unitario, para hacer efectiva la igualdad jurídica—de la condición de Derecho común, aplicable a la generalidad de las cosas y de las personas.

III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

9. La Constitución de Cádiz y el futuro Código civil: los proyectos de 1821 y 1836.

El proceso descrito en las páginas precedentes también tiene lugar en España, pero presentando caracteres notoriamente distintos a los del caso francés. En nuestro país, la primera Constitución es ulterior al *Code* y, por ello, las relaciones entre Constitución y Código civil aparecen, desde un primer momento, con un sesgo diferente.

En efecto: la Constitución de Cádiz, de 1812, surge ya un tanto devaluada en su contenido y —por ello— en su función si se compara con las primeras Constituciones de la Francia revolucionaria.

Particularmente relevante es el dato de que la Constitución de 1812 carece de una verdadera declaración de derechos, que es la materia constitucional que en mayor medida permite afirmar que una Constitución despliega sus efectos, además de en el orden político, sobre el conjunto del sistema jurídico. El tenor literal de su art. 4, conforme al cual «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen», expresa con claridad la idea de que corresponde al legislador, poder constituido, la concreción jurídica de unos principios y derechos constitucionalmente sólo apuntados. Así, aunque en la idea del constituyente gaditano la Constitución se conciba como ley suprema (85), es claro que reduce en la práctica su

(85) La Comisión redactora del proyecto de Código civil de 1821 deja traslucir el valor normativo que, para ella, tienen, respectivamente, la Constitución y los Códigos al afirmar que «es, pues, la ley, y sólo ella, la que da vida a los derechos y obligaciones; y cuando prescribe estos derechos y obligaciones en grande, esto es,

virtualidad al terreno de la organización política (86); en el terreno de lo estrictamente jurídico, la sustitución de las instituciones existentes por otras nuevas, no sólo requiere de la aprobación de las correspondientes leyes «sabias y justas», sino que la Constitución ni siquiera contiene una explícita formulación de principios o criterios que necesariamente vinculen al legislador a la hora de aprobar aquéllas (87).

Es en este contexto —me parece— en el que debe ser analizado el art. 258 de la Constitución de 1812, que dispuso —como es bien sabido— que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Llama la atención, en primer lugar, cómo la fórmula empleada pone el acento, no propiamente en la redacción o elaboración futura de los Códigos, todos ellos entonces por hacer, sino en el hecho de que «serán unos mismos para toda la Monarquía» (88): la Constitución presenta el ideal revolucionario de la codificación como si ya hubiera sido alcanzado,

de la sociedad para con todos sus individuos, y al contrario, se llama muy propiamente *Ley fundamental*», de la cual «se derivan, y son emanaciones suyas, las leyes que podrán llamarse *secundarias*, y que forman la materia de los diferentes Códigos acordados por las Cortes». De este modo, todos los Códigos «suponen una raíz común, y arrancan de ella. Esta raíz es la organización de la sociedad, o sea su derecho constitucional. Por él se establecen las relaciones de todos los individuos de una Nación; y se da existencia política a los poderes encargados de ejercer las partes integrantes de su esencial soberanía; a sus jerarquías, y a los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros». La Constitución es, pues, ley; pero lo limitado de su objeto y contenido necesariamente requiere de un desarrollo, el cual compete a los Códigos: al civil, concretamente, «tócale desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; y a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado: determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental» (LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 8 s.).

(86) Así, en la fórmula de promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 se decreta «la siguiente *Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado*».

(87) Sobre la parquedad de la Constitución de 1812 en este aspecto, *cf.*: B. CLAVERO, «Origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica), en el vol. *Derecho privado y revolución burguesa* (coord. C. PETIT), Madrid 1990, p. 63 ss.

(88) Sobre el sentido y alcance de las previstas «variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», y su relación con el mantenimiento de los Derechos forales, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO CONTRERAS, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 6-I (1988), p. 71 y ss.; concluyendo que si bien tal expresión, en un primer momento, no quiso referirse expresamente a la conservación de las legislaciones forales (sino que aludía más bien a los territorios de ultramar), también desde ese primer momento se tuvo claro que objetivamente la posibilitaba; y, al fin y a la postre —pero rigiendo la Constitución de 1876, que recuperó la fórmula—, desempeñó esta función (sobre lo cual, también, Encarna ROCA I TRIAS, «La codificación y el Derecho foral», *RDP*, 1978, p. 596).

importándole más, esto supuesto, su unidad, esto es, la igualdad en la aplicación y vigencia de los mismos. Pero más interesante aún es poner de manifiesto cómo el citado art. 258 se sitúa en el Título V de la Constitución, relativo a los Tribunales y la administración de justicia: hay, así —me parece—, en la Constitución de 1812 una ligazón evidente entre la idea de Código (civil, penal y de comercio) y la idea de Derecho aplicable por los Tribunales y afectante a los intereses esenciales del ciudadano.

Porque, en efecto —y esto es importante hacerlo notar—, en la terminología liberal del siglo XIX la expresión «Administración de Justicia» comprende, además de la organización de los Tribunales, el Derecho sustantivo que aplican y el procedimiento. Buena prueba de ello son los arts. 2.º y 3.º de la Ley de 16 de agosto de 1841, que determinó los términos de la integración del Reino de Navarra en el Estado unitario. Según el primero de ellos, «la Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del reino, se formen los Códigos generales que deban regir en la Monarquía»; y, conforme al segundo, «la parte orgánica y de procedimiento será en todo conforme a lo establecido o que se establezca para los demás Tribunales de la nación, sujetándose a las variaciones que el Gobierno estime convenientes en lo sucesivo». Obsérvese que la subsistencia o mantenimiento de «la Administración de Justicia» significa, en realidad, subsistencia y mantenimiento del Derecho sustantivo propio de Navarra, situación que está previsto se prolongue «hasta que se formen los Códigos»: de donde se induce con claridad la idea de que éstos debían abarcar todo lo que propiamente es Derecho, esto es, todas las reglas jurídicas susceptibles de ser invocadas por los ciudadanos ante los Tribunales, y aplicables por éstos (89).

En presencia de estos datos, no creo aventurado concluir que el verdadero significado constitucional de la codificación se agota, para los constituyentes gaditanos, en el tenor del art. 258, sin extenderse —a diferencia de lo que sucediera en la Constitución francesa de 1791— al contenido mismo de los Códigos. Quiero decir con ello que lo constitucional —o fundamental— (y, en este sentido, «revolucionario») del precepto no es tanto la existencia de los Códigos cuanto la afirmación de que «serán unos mismos para toda la Monarquía» (unidad legislativa); y no tanto su concreto contenido —apenas condicionado por la

(89) *Cfr.*, para todo ello, DELGADO ECHEVERRÍA y DE PABLO CONTRERAS, «El Derecho civil foral en el Amejoramiento», en el vol. *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero* (dir. S. MARTÍN RETORTILLO), Madrid 1992, p. 543 ss. La Constitución española de 1837 y, luego, la de 1845, posibilitaban, no obstante, la existencia de leyes especiales, sin perjuicio de la función del Código (de los Códigos) como centro del sistema; planteamiento éste que es ya el asumido por el proyecto de Código civil de 1851 (sobre lo cual, *cfr. infra, sub. 12*).

Constitución— cuanto su carácter omnicomprensivo y autosuficiente, concebido como límite a las facultades de los jueces y tribunales y, por ello, garantía de libertad y seguridad jurídica para el ciudadano. Difícilmente podría afirmarse, entonces, que, para la Constitución de Cádiz, los Códigos sean una suerte de prolongación de la Constitución misma, concepción ésta que era, en cambio, la de la Constitución francesa de 1791; mas, pese a ello, la equiparación entre Códigos y Derecho que de ella se infiere y la casi total ausencia en el texto constitucional de criterios que incidan directamente en el orden jurídico, atribuye a aquéllos un papel aún mas esencial en la práctica.

Ahora bien: la idea de que todo el Derecho ha de estar codificado y la mención expresa de la Constitución de Cádiz a los Códigos civil, mercantil y penal, implica, habida cuenta lo delimitado de la materia que han de comprender estos últimos, la asignación al Código civil de un contenido que necesariamente excede del propio del Derecho privado. Ello se pone claramente de manifiesto en el Discurso preliminar redactado por la Comisión encargada de formar el Código civil, nombrada por las Cortes el 22 de agosto de 1820. En él se lee que, «segregadas bajo un punto de vista las leyes que clasifican los delitos, que prescriben sus correspondientes penas y el modo de hacerlas efectivas, cuyo conjunto constituye un Código penal completo, todas las demás leyes son, en sentir suyo (de la Comisión), del resorte del Código civil. Con efecto, a él corresponde fijar preliminarmente la naturaleza y fuerza de la ley: especificar los derechos y obligaciones que ella ha creado en favor de los individuos o de la causa pública relativamente a las personas o a las cosas; individualizando las modificaciones de las reglas generales de los contratos y su ejecución, que exija el bien común respecto de los mercantiles: prescribir la índole y las atribuciones de los poderes a quienes la ley ha encomendado su aplicación en los casos económicos o de gobierno, y en los controvertidos o judiciales; afianzar los derechos por medio de fórmulas que marquen muy circunstancialmente todos los pasos de los poderes mismos que aplican la ley» (90). Y añade la Comisión que «sin duda semejante Código civil no se limitaría al Derecho que comúnmente se llama privado, sino que abrazaría también el Derecho público interior, o sea, la administración general del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político con

(90) «Sin duda el Código civil, organizado bajo estas bases —sigue diciendo la Comisión—, abrazaría como un apéndice parcial el que se titula de comercio, como un apéndice general el de procedimientos civiles. ¿Mas por ventura la legislación mercantil debe formar un muro de división, o elevarse a clase de privilegiada contra la letra y espíritu de la ley fundamental? ¿Por ventura los procedimientos no son una continuación y complemento de la ley?». *Cfr.*, para el texto, LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 8 y s. Particularmente relevante es —me parece— la reflexión de la Comisión sobre la legislación mercantil, que pone de relieve, al destacar como constitucionalmente dudosa la existencia misma de un régimen estatutario, la esencial misión del Código civil como instrumento de igualación jurídica, receptáculo del *Derecho común* de los ciudadanos iguales que la Constitución demanda.

todas sus dependencias» (91); planteamiento éste que no queda en letra muerta, porque «la Comisión, partiendo de estos principios, resolvió desde sus sesiones primeras colocar en una segunda parte, bajo el nombre de administrativa, todo lo concerniente al gobierno interior del Reino y sus poderes ejecutivo y judicial, como encargados de hacer efectivos los derechos y obligaciones individuales de que se trata en la primera» (92). De este modo, el Código civil proyectado en 1821 había de contener, en la previsión de la Comisión, desde la regulación de la ley (su naturaleza y sus emanaciones, su formación, su promulgación y su observancia) a la formulación de la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal como derechos *legítimos* de los españoles (93); y no sólo todas las materias propias del Derecho privado, sino aun el régimen de la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones, tanto en lo que atañe al llamado gobierno administrativo económico (que abraza la administración del ramo político-eclesiástico, la administración político-gubernativa, y la militar) cuanto al ramo judicial (94).

Esta tan amplísima concepción respecto al contenido propio del Código civil es abandonada por la Comisión redactora del Proyecto de Código civil de 1836; pero, ello, por razones de mera utilidad y con fidelidad aún a la función que a los Códigos atribuye la Constitución de Cádiz. Se señala, así, en la Exposición de motivos del Proyecto (95), que el Código civil «sólo debe comprender el Derecho privado, o sea las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas», debiendo quedar excluidas «las leyes políticas y todas las relativas a la administración pública en sus diferentes ramos». Mas las razones que de tal planteamiento da la Comisión son más de conveniencia que de fondo: que el Código civil «debe reducirse al menor volumen posible

(91) Porque, según explica la Comisión, «si esta tan interesante parte de leyes, en cuanto no son puramente reglamentarias, sino que establecen bases generales y duraderas, no las abraza el Código civil, ¿en dónde se colocan? ¿Han de quedar vigentes la Recopilación, las colecciones de decretos, las providencias extravagantes en lo que no se hallen derogadas? La Comisión opina que el día feliz y deseado en que se promulguen los nuevos Códigos debe archivar-se cuanto se legisló anteriormente, como monumento de antigüedad, que sólo pertenece a la historia; y que si quedase sin decidir en ellos algún punto, la suspensión de un fallo o el curso de un negociado hasta que se congreguen las Cortes y lo tomen en consideración, sería preferible sin disputa a los desórdenes, arbitrariedades y dudas que produciría la existencia simultánea de las colecciones antiguas y modernas». *Cfr.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9.

(92) *Cfr.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9.

(93) En contraposición a los derechos *políticos* de éstos como ciudadanos, que se hallan determinados por la Constitución.

(94) *Cfr.* la exposición del esquema del Proyecto de Código civil de 1821 por la Comisión encargada de redactarlo en LASSO GAITE, *op. cit.* p. 16 y ss.

(95) Que puede consultarse en LASSO GAITE, *op. cit.* p. 89 y ss.

para que ande en manos de todos, y se generalice en todas las clases el conocimiento de los derechos personales y reales que da la ley a todos los individuos, y de las obligaciones que prescribe»; que sólo las reglas del Derecho privado interesan al común del pueblo (96); y que tal es el sistema seguido en otras naciones cultas. Aparte de ello, todavía se piensa que los Códigos han de contener —perfectamente racionalizado— todo el Derecho, y por eso la Comisión, «persuadida de que cuando se le confió el encargo de formar el Código civil fue la intención del Gobierno que éste sólo abrazase el Derecho privado, trató de acomodar su plan a este objeto, reservando todas las materias de administración pública, en sus diversos ramos, para otro Código que en su dictamen será preciso formar con el título de Código del Derecho público interior de España, el cual deberá seguir inmediatamente al civil, como también el de procedimientos o actuación para completar la obra» (97). Y, en todo caso, ninguna duda ofrece a los redactores del Proyecto que en el Código civil han de incluirse las reglas relativas a las leyes, su promulgación, efecto y observancia (título preliminar), y la formulación de los derechos que corresponden a las personas (título primero del libro I).

En cuanto a lo primero (título preliminar), la inspiración en el *Code* es clara, y sus reglas pretenden cumplir una función similar a las ya analizadas de éste; son, no obstante, aún más explícitas y exhaustivas que las de su modelo, acaso porque, dado el diferente contexto histórico de unas y otras, se pretendía que quedara más patente su carácter fundamental (98).

(96) «Hay personas, decía el célebre juriconsulto BENTHAM, que tienen necesidad de conocer el sistema entero de las leyes, como son los que están encargados de su conservación y aplicación; otros tienen sólo necesidad de conocer la parte que les concierne, y cuya ignorancia les sería muy peligrosa. En este caso se halla el común del pueblo; y he aquí una de las razones por que conviene separar esta parte de la legislación civil de las otras cuyo conocimiento no es de un interés inmediato para toda clase de personas».

(97) Las restantes materias jurídicas deben integrarse, en el sentir de la Comisión, en el Código penal, en el de Comercio o en los Códigos que propone de leyes militares, de las «rurales» y de las «concernientes a las materias y personas eclesiásticas».

(98) El título preliminar del proyecto de 1836 («De las leyes, de su promulgación, efecto y observancia») constaba de catorce artículos: el art. 1.º se ocupaba de definir la ley (con fórmula un tanto ambigua: «ley es el precepto expreso emanado de la autoridad soberana, que tiene por objeto la utilidad general del Estado»); los arts. 2.º a 5.º regulaban la promulgación y publicación de las leyes; el art. 6.º establecía la obligatoriedad para todos de las leyes, y los 8.º y 9.º el momento de tal obligatoriedad, aclarando el art. 7.º que «la ignorancia de la ley promulgada a nadie exime de cumplir lo que en la misma se prescribe»; conforme al art. 10, «las leyes no tienen efecto retroactivo»; según el art. 11, «es nulo cualquier acto en que se intente dejar sin efecto las disposiciones prohibitivas de las leyes; pero es válida la renuncia de los derechos que éstas conceden, si se hace expresa y libremente por persona capaz»; finalmente, los tres últimos artículos del título se refieren muy directamente al principio del imperio de la ley: «contra las leyes de este Código no puede alegarse el no uso ni los actos posteriores contrarios, ni la costumbre o fuero particular de cualquier pueblo observados anteriormente a su promulgación» (art. 12); «ningún Juez ni Tribunal podrá excusarse, so pena de responsabilidad, de pronunciar sentencia a pretexto de que no hay ley positiva acerca del asunto sometido a su decisión» (art. 13); y «la falta de exactitud en la ejecución de las leyes, sujeta a los encargados de ella a la responsabilidad y penas que se establecen en el Código penal».

En cuanto a lo segundo (título primero del libro I), se trata del primer intento de formulación, en España, de una verdadera declaración de derechos. Conforme al art. 19 del Proyecto, «corresponden a las personas en general los derechos siguientes: 1.º) El de conservar la existencia física y moral. 2.º) El de no ser detenida la persona por ningún individuo ni autoridad, sino en los casos y por los medios que la ley determina. 3.º) El de hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por las disposiciones que emanan de ella. 4.º) El de manifestar las opiniones y pensamientos, bajo las restricciones y responsabilidad que prescribe la ley. 5.º) El de aprovecharse y disponer libremente cada uno del producto de su trabajo personal, de los bienes que legítimamente le pertenezcan, y de los servicios que tenga derecho a exigir de las personas o de las cosas ajenas. 6.º) El de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones, sino por la autoridad pública y por los medios que hubiese señalado anteriormente la ley. 7.º) El de reclamar de la autoridad pública la protección de los derechos concedidos por la ley contra cualquiera que intente vulnerarlos. 8.º) El de igualdad legal para la reclamación de sus derechos, y el cumplimiento de sus obligaciones sin diferencia de condición ni de fortuna». Y todavía el art. 17 del proyecto, que formaba parte de las *disposiciones generales* de este libro I, señalaba que «ambos sexos son iguales en derecho», aunque añadiera que «la ley, no obstante, establece algunas diferencias que se expresan en el lugar correspondiente».

Del valor de esta declaración de derechos, de la índole y naturaleza de éstos, y aun de la función normativa que, en relación con ellos, compete al Código civil y a la propia Constitución, ofrece no pocos datos la propia Comisión redactora del proyecto, en un revelador párrafo de la Exposición de motivos del mismo: «estos derechos —se lee en ella—, según aquí se consideran, son más bien civiles que políticos. La libertad individual como derecho civil es la facultad que tiene cada uno de disponer de sí y de sus cosas según le convenga, a menos que lo prohíba alguna ley o pacto. La libertad política es objeto de la ley fundamental, y consiste en que el Estado se halle constituido de manera que no pueda abusarse del poder supremo para oprimir a los ciudadanos. La seguridad puede considerarse también como un derecho civil concedido a todos por la ley protectora, que afianza el derecho de propiedad y los demás así reales como personales. A todos concede también la ley, sin diferencia de condición ni de fortuna, la facultad de reclamar sus derechos, y esta igualdad es puramente civil; pues bajo el aspecto político no la puede haber rigurosamente, por cuanto no a todos se conceden igualmente los derechos políticos: para ejercer algunos de ellos se necesitan ciertas calidades y el que no las tenga estará privado de los mismos».

En todo caso, pues, vigente la Constitución de 1812, el proyectado Código civil se presenta como la sede donde ha de recogerse el Derecho (entendiendo por tal las normas jurídicas invocables ante los tribunales y aplicables por éstos) que carece de acomodo en los otros

Códigos (los cuales, en conjunto, han de comprender todo el Derecho), incluyendo dentro de él no pocas reglas que exceden de lo que es propio y estricto Derecho privado. Considerando el planteamiento y contenido de los proyectos de 1821 y 1836, e incluso el tenor de la propia Constitución gaditana, no parece puedan caber excesivas dudas de que habían de ser —básica y fundamentalmente— los preceptos del Código civil las «leyes sabias y justas» destinadas a conservar y proteger «la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos» de la Nación, a que se refería el art. 4 de la norma fundamental; como tampoco de la relación de complementariedad existente entre las disposiciones que la Constitución dedicara a formular el principio del imperio de la ley y a articular sus principales consecuencias, por un lado, y las reglas relativas a la aplicación y efectos de las leyes en general que pretendían incorporar los proyectos de Código a sus respectivos títulos preliminares, por otro. Parece claro, por tanto, que el Código proyectado estaba llamado a cumplir ciertas funciones que eran propias de la Constitución en el concepto originario de ésta (garantizar los derechos y establecer en la práctica la separación de poderes: art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789), o al menos a colaborar esencialmente con aquélla en el cumplimiento de las mismas; aunque, desde un punto de vista estrictamente técnico, ello no autorice, en este caso [dado que la Constitución de 1812 era *rígida*: preveía un procedimiento especial para su modificación (99); y *norma suprema*: su inobservancia acarrearba cierta sanción (100)], a atribuir al Código proyectado, ni a ninguna parte de él, un valor *materialmente* constitucional.

10. «Desconstitucionalización» de la Constitución: las Constituciones de 1837 y 1845 y el proyecto de Código civil de 1851.

Aparentemente, las dos siguientes Constituciones españolas —la de 18 de junio de 1837 y la de 23 de mayo de 1845— parecen atribuir una más esencial función a los Códigos, toda vez que, por un lado, imperan su vigencia, sin matiz alguno, «en toda la monarquía» (101) y,

(99) *Cfr.* arts. 375 y ss.

(100) Aunque ésta fuera rudimentaria. Según su art. 372, «las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella». Y, conforme al art. 373, «todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución».

(101) Esta pretensión de unificación legislativa a través de los Códigos «en toda la monarquía» no es tal, porque ambas Constituciones contienen la prescripción adicional de que «las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales»

por otro, sitúan los correspondientes preceptos en el primero de sus títulos, entre los dedicados a declarar los derechos de los españoles (102).

En la práctica, sin embargo, el tratamiento constitucional que la codificación recibe en 1837 y 1845 implica, respecto a la Constitución de 1812, una importante devaluación de la función atribuida a los Códigos en el conjunto del sistema. Como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA (103), «las monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el continente por los ejércitos de Napoleón (...) van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasan a hacer simple retórica»; y a tal esquema responden, sin duda, las Constituciones españolas de 1837 y 1845. En estas condiciones, las consecuencias que pudieran resultar de la ubicación constitucional de la regla atinente a los Códigos entre los preceptos que declaran derechos, quedan anuladas por el carácter meramente retórico que ahora conviene a tal declaración; y, por el contrario, la nueva ubicación de aquélla contribuye a hacer desaparecer la idea —clara en la Constitución de 1812, como prueban los planteamientos que presiden la redacción de los proyectos de Código civil de 1821 y 1836, ya explicados— de que en los Códigos ha de contenerse, necesariamente, todo el Derecho.

Pese a todo, no creo pueda decirse —ni mucho menos— que las disposiciones comentadas de las Constituciones de 1837 y 1845 carezcan de toda relevancia. Por lo pronto, es cierto que, en este nuevo contexto constitucional, no es ya exigencia de la Constitución misma que los Códigos conformen el entero sistema jurídico; pero parece, no obstante, que la inclusión en ella de una regla ordenando su redacción sí debía significar, al menos, que los Códigos que en su día formara el legislador ordinario habrían de constituir el centro o núcleo esencial de dicho sistema. Y, por otra parte —y ello sí que me parece relevante—, queda en pie el significado esencialmente político de los indicados preceptos constitucionales, que no es otro —a mi entender— que el de considerar a los Códigos como instrumento para la unificación de las diferentes legislaciones entonces coexistentes en España (es más, como el único instrumento apto para llevar a cabo tal unificación).

(2.º art. adicional de la Constitución de 18 de junio de 1837 y art. 80 —adicional— de la de 23 de mayo de 1845). En este sentido, en nada se diferencian, en realidad, las Constituciones citadas de la de Cádiz de 1812, cuyo art. 258 previó la vigencia de unos mismos Códigos «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», inciso éste que se incluyó pensando, ante todo, en las provincias de Ultramar. *Cfr.*, sobre ello, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO CONTRERAS, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *RJN*, 6-1 (1988) p. 71 s.

(102) Constitución de 18 de junio de 1837, art. 4.º: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». Constitución de 23 de mayo de 1845, art. 4.º: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía».

(103) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 98.

Se infiere ya esta conclusión del propio tenor literal del art. 4.º de la Constitución de 1837 y del precepto del mismo número de la de 1845, que se limitaron a afirmar, taxativa y escuetamente, que «unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía». Incluso la remisión a la disposición final de ambas Constituciones de la excepción a esta regla que comporta la previsión de que «las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales», apunta en la dirección de impedir que cualquier matiz incluido en aquellos preceptos pudiera dar pie al mantenimiento en la metrópoli de cualquier clase de variedad normativa. Pero la prueba definitiva la aportan, en mi opinión, inequívocos datos ajenos a la Constitución como tal, pero de indudable trascendencia constitucional (104): me refiero a las leyes que constituyeron el soporte jurídico de la incorporación del Reino de Navarra al Estado liberal unitario. La primera de esas leyes es la de 25 de octubre de 1839, de confirmación de los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, cuyo art. 1.º estableció que «se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, *sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía*», señalando su art. 2.º que «el Gobierno, tan pronto a la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, concilián-

(104) Respecto a la Ley de 25 de octubre de 1839, su calificación como norma constitucional, que opera como una suerte de «acta adicional» de las constituciones españolas, ha sido defendida por J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y régimen foral de Navarra*, Pamplona 1989, p. 67 ss., en la línea ya avanzada por GARRÁN Y MOSO, *El sistema foral de Navarra y provincias vascongadas*, Pamplona 1935, p. 22, y MONREAL CIA, *Entidad y problemas de la cuestión de los derechos históricos vascos*, en «Jornadas de estudio sobre la actualización de los derechos históricos vascos», Bilbao 1986, p. 64. Como escribe SANTAMARÍA PASTOR («Las leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de agosto de 1841: un análisis jurídico y constitucional», en el vol. *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, cit., p. 33), «los argumentos que avalan esta nueva posición teórica son abundantes. La calificación como “acta adicional” es clara en lo que afecta a la Constitución de 1837, respecto de la cual venía a desempeñar un papel semejante al artículo adicional 2.º de la misma, que autorizaba el establecimiento de un régimen especial para las provincias de Ultramar; su naturaleza materialmente constitucional se halla también advenida por la circunstancia de haber habilitado a las Cortes para establecer un régimen cuyo único límite se hallaba en el respeto a la unidad constitucional y que, por lo tanto, podía llevar a excluir la aplicación de otras normas de la propia Constitución. Por lo demás, como la doctrina citada ha puesto acertadamente de manifiesto, la validez de esta operación constitucional resultaba perfectamente viable, habida cuenta del carácter flexible que la Constitución de 1837 poseía. El que no existan testimonios parlamentarios de que las Cámaras, al aprobar la Ley de 1839, fueran conscientes de llevar a cabo una innovación constitucional (o, al menos, de autorizarla) no es, desde luego, un argumento en contra de esta tesis». En cuanto a la Ley de 16 de agosto de 1841—que trae causa de la anterior—, para la defensa de su naturaleza constitucional, J.A. RAZQUIN, *op. cit.*, p. 103 ss.; la niega SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, p. 46 ss., pero su relevancia práctica en tal sentido, fundamentando el particular régimen de autonomía de que Navarra ha gozado desde entonces, es un hecho que, como tal, a mi juicio, no puede negarse: *cf.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, p. 20.

dolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía (...)». La Ley de modificación de los fueros a que se remitía este último artículo fue, para Navarra, la Ley de 16 de agosto de 1841: en ella habían de preverse, pues, las disposiciones modificativas del régimen vigente entonces en Navarra, introduciéndose, desde luego, aquellas reformas que se considerara venían imperadas por la *unidad constitucional* resultante de la Constitución vigente de 1837. Pues bien: el art. 2.º de esta Ley de 16 de agosto de 1841—y es significativo que su redacción ya venía propuesta, en términos casi idénticos, en el texto que propuso para su ulterior aprobación como ley la propia Diputación de Navarra— vino a disponer que «la Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos que en la actualidad, *hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del reino, se formen los Códigos generales que deban regir en la monarquía*» (105). Ello pone de manifiesto —me parece— cómo, en la Constitución de 1837 (y lo mismo en la de 1845), la formación de los Códigos (y no sólo el civil, puesto que al menos la legislación de Navarra que había de ser sustituida por los Códigos también comprendía la materia penal y la mercantil) es ante todo concebida como instrumento para alcanzar la unificación legislativa.

Así, si en el primer aspecto —el estrictamente jurídico— la codificación apenas alcanza —desde el prisma constitucional— el rango de lo conveniente, en este último sentido —en la perspectiva de la unificación legislativa—, la formación de los Códigos se revela como política y constitucionalmente imprescindible.

A mi juicio, el descrito panorama constitucional explica en buena medida el alcance y contenido del proyecto de Código civil de 1851, redactado bajo la vigencia de la Constitución de 1845. En dicho proyecto se parte, por lo pronto, como premisa, de la estricta reducción de la Constitución al ámbito de lo político: llama la atención, en este sentido —y a diferencia de lo que ocurriera en los proyectos de 1836 y, sobre todo, de 1821—, lo escaso de las alusiones de GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias* del proyecto (106), a la Constitución vigente, aun al

(105) Sobre las leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de agosto de 1841, *cfr.* J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y régimen foral de Navarra*, Pamplona 1989, p. 56 ss., y allí exhaustiva noticia bibliográfica; sobre el art. 2.º de la Ley de 1841 en particular, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro, I, Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, esp. p. 83 ss.; DE PABLO CONTRERAS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 6-1 (1988), pp. 65 ss., y «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en el vol. col. *Centenario del Código civil, I*, Madrid 1990, pp. 517 ss.

(106) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, I*, Madrid 1852.

comentar los preceptos del título preliminar del Código, que se ocupa *de las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación*; y tanto o más revelador es que, cuando tal mención se lleva a cabo, se parta de la base de que la previsión contenida en el Código civil es imprescindible para que tenga eficacia jurídica lo establecido por la Constitución, limitada como queda ésta al orden político (107). Por lo demás, el cumplimiento del verdadero designio constitucional —y, por tanto, político— en punto a la codificación civil lo trata de realizar el art. 1.992 del proyecto (disposición final), según el cual «quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código». La unificación que se trata de alcanzar, relativamente a la variedad legislativa heredada del pasado histórico, mediante la sustitución por el Código de lo existente, se garantiza por el mismo Código, para el futuro, a través de las disposiciones de su título preliminar, que regulan la eficacia de la ley en general —no sólo en el ámbito civil— concibiendo a ésta como la única fuente —desde entonces— del Derecho. La inclusión de tales reglas en un Código deviene necesaria para asegurar una unificación que constitucional y políticamente sólo a través de él es factible; pero, a partir de ahí, ni su concreta articulación en el Código civil, ni su concreto contenido, aparecen imperados ni predeterminados en la Constitución: la dejación que ésta hace en tan esencial campo en favor del legislador ordinario, redactor de los Códigos, permite a éste cualquier solución. Sobre la base de esa remisión constitucional «en blanco», la asignación al Código civil del papel central en el conjunto del ordenamiento que deriva de la inclusión en él de la disciplina de las leyes en general, es consecuencia de la adopción —perfectamente posible y, por lo demás, lógica, aunque no obligada— del modelo instaurado en Francia por el *Code de Napoléon*.

Si se parte de estos presupuestos, no es difícil comprender el alcance que, en el plano que aquí interesa, hubiera tenido la aprobación como ley del proyecto de 1851. Ante la pasividad adoptada por las Constituciones que siguieron a la de 1812, en el título preliminar del

(107) Así, al pie del art. 14 del proyecto —según el cual «las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimientos, ni diferencias de condiciones sociales»— escribe GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, I, *cit.*, p. 26) que este artículo es «una consecuencia, o más bien una aplicación en el derecho civil de lo dispuesto para el derecho público y político en los artículos 5 y 6 de la Constitución»; y, reconociendo la nula virtualidad práctica de estos preceptos constitucionales, añade que, «sin embargo, las distinciones de nacimiento o diferencias por esta causa han subsistido aun bajo los ministros progresistas, y subsisten las pruebas para cruzarse en las órdenes militares, lo que no se compadece con los artículos constitucionales, ni con este». Del art. 18 del proyecto, relativo a la nacionalidad española, dice GARCÍA GOYENA (*Op. cit.*, p. 29) que «es el primero del título 1.º de la Constitución política de 1837, conservado literalmente en la reformada de 1845»: la repetición, sin embargo, ni se juzga innecesaria, ni requiere de particular explicación.

Código civil habría quedado consagrado el principio jurídico esencial que, en la Francia revolucionaria, justificó en buena medida la aparición misma del concepto de Constitución: el principio del imperio de la ley, con sus corolarios de igualdad de los ciudadanos ante la misma (108), inderogabilidad de sus disposiciones por convenios particulares (109) y limitación de la función judicial a la aplicación de la ley (110). Que todo ello es *materia constitucional*, parece evidente; y, técnicamente, la notoria falta de normatividad de las Constituciones de 1837 y 1845, junto a su *carácter flexible*, hubiera permitido atribuir al título preliminar del proyecto de Código civil de 1851, si se hubiera convertido en ley, un valor *materialmente constitucional*.

Mas, junto a ello, la misma tibieza constitucional, aplicada ahora a la formulación de la aspiración de la codificación, comporta la pérdida definitiva de la idea de que los Códigos han de contener todo el Derecho; planteamiento éste que encuentra expreso reconocimiento en el art. 17 del proyecto de 1851—el último de su título preliminar—, a cuyo tenor «las disposiciones de este Código sólo son aplicables a los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales, en cuanto no se opongan a estas leyes». Aparte la referencia a las leyes de comercio, luego codificadas, el sistema permite ahora la existencia

(108) Art. 14 del proyecto: «Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencias de condiciones sociales». El «orden civil», como prueba el comentario de GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, p. 26) es, sencillamente, el contrario a «público y político»; en consecuencia, las «leyes» a que se refiere el precepto no son los artículos del Código, y ni siquiera las leyes que hoy calificaríamos como de Derecho civil, sino las leyes en general no públicas ni políticas, esto es, las que interesan al ciudadano y pueden aplicar los Tribunales.

(109) Art. 11 del proyecto: «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres».

(110) Art. 13 del proyecto: «Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria». De él comenta GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, p. 25) que «dejando aparte la pueril y liviana enmienda o supresión de las palabras “Poder judicial” hecha en la Constitución reformada de 1845, este artículo es una inmediata o material aplicación de lo dispuesto en la misma (...). A los tribunales pertenece exclusivamente la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; ni las Cortes, ni el Rey pueden abrogársela sin manifiesta infracción de la Constitución; pero tampoco pueden los tribunales abrogarse en todo o en parte el poder legislativo (...). Por la misma razón tampoco les corresponde la interpretación por vía de autoridad o auténtica de las leyes, como que es atribución innata e inseparable del poder legislativo (...). “En cuanto al artículo 5 (se dice en el discurso número 2 francés) es una consecuencia de la división de los poderes”, y se ve que entre ellos comprende el judicial sin escrúpulos, remilgos ni sutilezas». Obsérvese cómo GARCÍA GOYENA estima que la materia de que se ocupa este precepto es propiamente constitucional, pero constata el abandono o, al menos, tibieza de la Constitución en este punto; y, ciertamente, si se atiende al tenor literal de los arts. 66 a 71 de la Constitución de 1845, difícilmente puede dejarse de concluir que el principio de la separación de poderes y de vinculación del juez a la ley, si aparece formulado en alguna parte, es en el precepto indicado del proyecto de Código civil, y no en la Constitución.

de «otras especiales» no incluidas en Código alguno. Respecto a ellas, la virtualidad del Código civil como centro del sistema jurídico cuyos rasgos esenciales el proyecto de 1851 trató de dibujar, no estriba sólo en que su título preliminar gobierna también, por norma, sus «efectos y reglas de aplicación», en una evidente función de Derecho común *a priori* y «desde arriba»; sino que aquella posición nuclear del Código se manifiesta también en la función que se le atribuye como cierre del sistema, Derecho común *a posteriori* y «por abajo» respecto a cualesquiera leyes especiales.

11. Las Constituciones de 1869 y 1876.

Todavía las ulteriores Constituciones españolas de 1 de junio de 1869 (111) y 30 de junio de 1876 (112) contienen la regla de que «unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía»; y no es tarea fácil la de determinar el valor constitucional de estas previsiones.

Es cierto que, tanto la Constitución de 1869 como la de 1876, acogen la regla relativa a la codificación entre los preceptos que dedican, respectivamente, al Poder judicial y —en expresión ideológicamente mucho más aséptica— a la Administración de Justicia. Sin embargo, por encima del tenor literal de los correspondientes preceptos constitucionales y de su interpretación sistemática dentro de cada cuerpo fundamental —cada uno de los cuales se alinea, por otra parte, en dos conceptos bien distintos de Constitución (113)—, está la realidad de los hechos,

(111) Art. 91: «A los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. La justicia se administra en nombre del Rey. Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

(112) Art. 75: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

(113) En la Constitución de 1869 no hay indicio alguno de la idea de la Constitución como fruto de un pacto entre el pueblo y la Corona, presente en las de 1837 y 1845, que tanto tiene que ver con la pérdida del concepto originario de Constitución (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 98 s.); apareciendo, por el contrario, la Nación española como autora de ésta. El cambio —que supone una significativa vuelta a los orígenes del constitucionalismo— es puesto de manifiesto, aun antes de producirse, por el Ministro ROMERO ORTIZ en la exposición de motivos del proyecto de título preliminar y libro primero del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869: «a una monarquía fundada en derechos tradicionales que reconocía como transacción derechos en el pueblo —afirma—, han sucedido los principios que hacen al poder supremo, en el ejercicio de sus facultades, delegado de la soberanía de la Nación; que le da la investidura en forma determinada de gobierno, cual lo resuelve en sus prescripciones el Código fundamental» (LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 499). La Constitución de la monarquía española de 30 de junio de 1876, en cambio, es decretada y sancionada —según reza en su preámbulo— por el Rey Alfonso XII «en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino».

que sólo se explican adecuadamente desde una concepción de la Constitución en que las reglas extravagantes respecto a lo estrictamente político no pasan de ser meras declaraciones retóricas, elencos de intenciones sin virtualidad jurídica alguna. Y hay un hecho que excluye de plano la idea de los Códigos omnicomprensivos y autosuficientes —que contienen todo el Derecho aplicable por los Tribunales— que resultaba de la inclusión de la regla relativa a la formación de los Códigos, en la Constitución de Cádiz, entre las disposiciones constitucionales relativas a la Administración de Justicia: me refiero a la adopción, constante y consciente, de la vía de las leyes especiales para reformar la legislación civil, utilizada ya desde el fracaso del proyecto de 1851 y continuada luego, con especial profusión, estando vigentes las Constituciones de 1869 y 1876 (114).

No parece posible afirmar, entonces, que el Código sea ya complemento necesario de la Constitución, llamado por ésta —en exclusiva— para incorporar al orden jurídico el nuevo sistema de valores en que aquélla se funda: tal función la pueden cumplir —y de hecho la cumplieron—, en igual medida, las leyes especiales. Y éstas, por otra parte, procuran por sí mismas una cierta unificación legislativa, aunque sea parcial (115).

Así las cosas, quedaría en pie, como más específico significado constitucional de las alusiones a la codificación, el de medio o instrumento para alcanzar la completa unificación legislativa, suprimiendo definitivamente y de una vez por todas la diversidad existente; y, a la vez —y ello pudiera explicar su inclusión entre los preceptos relativos a la Administración de Justicia—, ya que la idea del Código autosuficiente es abandonada, mantener al menos la función de aquél como núcleo esencial o centro de un sistema al que, en último término, reconducir las leyes extracodiciales. Mas, en orden al cumplimiento de su esencial significado constitucional, ligado a la unificación legislativa, las Constituciones de 1869 y 1876 formulan la aspiración de la codificación de un modo cuando menos confuso: ambas añaden, en

(114) Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; Ley Hipotecaria de 1861; Ley de Aguas de 1866; Ley del Matrimonio civil, de 18 de junio de 1870; Ley provisional del Registro civil, de 17 de junio de 1870; Ley sobre efectos civiles de la interdicción civil, de 18 de junio de 1870; Ley de 11 de julio de 1878, sobre redenciones de censos; Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879; Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; Ley de Asociaciones, de 30 de junio de 1887.

(115) La trascendencia unificadora es predicable de todas las leyes especiales, pero es especialmente relevante en el caso de la Ley hipotecaria: como se lee en su exposición de motivos, «apenas hay institución a que no afecte la innovación, en el orden de familia, a la sociedad conyugal y a la potestad paterna; en el de tutelas y curadurías, a las relaciones entre el menor o incapaz y los que están encargados de su guardia; en el de propiedad y demás derechos en la cosa, en su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de sucesiones, al respeto a la voluntad del testador o a la disposición de las leyes; en el de contratos, a la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos».

efecto, a la afirmación de que «unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía», la matización de que ello será «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes». Logrados ya para entonces los Códigos mercantil y penal, esta referencia a posibles «variaciones» sólo podía aludir —aparte el problema de la aplicación y vigencia de los Códigos en los territorios de ultramar— a la codificación civil (y, por ende, a la relación de ésta con la desaparición o mantenimiento del Derecho de los territorios llamados forales), la cual aparece ya constitucionalmente devaluada en su alcance y significación política (116).

Naturalmente, la ambigua alusión a la codificación civil en una Constitución ya de por sí de nulo valor jurídico real, permite cualquier solución adecuada a la norma fundamental. De este modo, la idea del Código civil como instrumento para alcanzar la completa unificación legislativa —todavía presente en el proyecto de título preliminar y libro primero presentados a las Cortes, el 19 de mayo de 1869, por el ministro Antonio ROMERO ORTIZ (117)— acaba siendo sustituida por la

(116) Con referencia a las «variaciones» a que alude el art. 91 de la Constitución de 1869, afirma DE CASTRO (*Derecho civil de España*, I, Madrid 1949 —reed. Madrid, 1984—, p. 193) que «el doctrinarismo de la Revolución de septiembre de 1868 no sólo no logra hacer avanzar la codificación, sino que dejará que tome carácter constitucional la variedad legislativa»; y más adelante señala que «la Constitución de 1869 recoge la fórmula del artículo 258 de la Constitución de 1812, pero dándole un nuevo sentido: el de exceptuar de la unificación a las instituciones forales. En la ley de autorización para la Ley de matrimonio civil se aplica este criterio, restringiendo el alcance de la futura ley general, al salvar expresamente a los Derechos forales. Esta postura, un tanto ambigua, se mantiene en la Constitución de 1876, que copia en este extremo a la de 1869» (*op. cit.*, pp. 223 s.). Desde luego, que el sentido de la fórmula constitucional de 1869 y 1876 fuera el indicado por DE CASTRO, vinculado a la conservación de los Derechos civiles forales (*cf.*, también, Encarna ROCA, «La codificación y el Derecho foral», *RDP*, 1978, p. 596), es más que posible y, en este sentido, es muy revelador el dato del art. 1.º de la Ley de autorización de la del matrimonio civil, de 24 de mayo de 1870 (que estableció la aplicación de dicha ley «sin perjuicio además de lo que se dispusiese por el Derecho foral vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y sus descendientes»); sin embargo, los debates constitucionales no arrojan luz alguna sobre este extremo, y no puede descartarse que, como en 1812, se pensara también en los territorios de ultramar (de hecho, los arts. 108 y 109 de la Constitución de 1869, y el 89 de la de 1876, se limitan a prever leyes especiales de índole política para tales territorios; de donde que pudiera pensarse en la necesidad de una previsión expresa de excepción en lo atinente a los Códigos). En todo caso, es claro que la fórmula constitucional aludida posibilitaba la conservación de las legislaciones forales; y que de hecho la posibilitó. Sobre ello, *cf.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO, *op. cit.*, p. 72.

(117) Al decir de DE CASTRO (*op. cit.*, p. 193), «el proyecto de libro primero del Código civil que presentó el ministro Antonio Romero Ortiz a las Cortes, basado en la doctrina de la libertad de cultos, se retira por haber triunfado de nuevo el sistema de leyes especiales y acentuado las concesiones al regionalismo». Reproduce dicho proyecto LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 497 ss.

concepción incorporada al texto de los proyectos de ley de bases de 22 de octubre de 1881(118) y 7 de enero de 1885 (119) y, luego, a la definitiva ley de bases de 11 de mayo de 1888: la función unificadora que constitucionalmente se confiere al Código civil queda así finalmente concretada en la fórmula contenida en el art. 5.º de esta última —luego trasladada, con escasas variantes, al art. 12 del Código (120)—, a cuyo tenor «las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino.

(118) Proyecto de 22 de octubre de 1881, base 17: «Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el reino se trasladarán al Código civil, en su esencia, las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir, con ventaja común, el Derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto, en las provincias aforadas se conservarán por ahora y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.— El Gobierno procurará, sin embargo, al redactar el Código general establecer entre estas y aquellas instituciones especiales la posible asimilación para que las dificultades que resulten subsistan tan sólo como excepción de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre instituciones similares y acercándose cuanto sea posible a la unidad legislativa. En todo caso los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas posean muebles, inmuebles o derechos reales podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del reino en cuanto no perjudique a los derechos de tercero.— En consonancia con lo dispuesto en los párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio».

(119) Proyecto de 7 de enero de 1885, art. 5.º: «En las provincias y territorios en que subsista derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrinas, que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho canónico y el romano». Sobre los arts. 7.º de la Ley de Bases y 13 del Cc., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, comentario al art. 1 en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, I (dir. LACRUZ), Zaragoza 1988, pp. 112 ss.

(120) «Las disposiciones de este Título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I.— En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.ª, relativa a las formas de matrimonio» (121).

El mandato constitucional unificador de 1876 lo cumple, pues, el Código de 1889 —aparte la ratificación de la unificación parcial en contenidos normativos, realizada en su momento por la Ley del matrimonio civil de 1870, que implica la regla de aplicación general y directa del Título IV del Libro I— afirmando la vigencia directa y general del título preliminar «en cuanto establece los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación» y, a un tiempo, la vigencia supletoria, respecto a los Derechos forales, del resto de sus prescripciones. Con ello no hace más que trasladar, a la relación entre el Derecho civil general y los Derechos civiles forales o territoriales, la misma solución prevista ya en el proyecto de 1851 para la relación entre el Código civil y las leyes especiales, que, por lo demás, el Código de 1889 mantiene: aplicación del título preliminar al conjunto del ordenamiento, civil o no; y consideración, a la vez, del Derecho contenido en el Código civil como común o supletorio de cualesquiera otros conjuntos normativos (122).

12. El Código civil de 1889.

¿Cuál es, entonces, la clase de relación que existe —si es que existe alguna— entre la Constitución de 1876 y el Código civil que entra en vigor en 1889?

A mi modo de ver, existen sin duda esas relaciones. Son las mismas de muy diversa índole; pero todas ellas, en conjunto, permiten afirmar que no pocos preceptos del Código civil *sustituyen* a la Constitución en algunas de las funciones que justificaron la aparición de esta clase de norma y siguen justificando hoy su existencia al frente del ordenamiento. De ahí que no quepa negar a dichos preceptos del Código civil —me parece—, en el momento en que éste irrumpe como tal, un inequívoco valor constitucional.

(121) La solución que encarna este precepto en pro de la unidad legislativa —aplicación directa del título preliminar y aplicación supletoria del Código civil en su conjunto— es general: la diferencia resultante del art. 13 (7.º de la Ley de Bases), relativo a Aragón y las Provincias Baleares (territorios en los que el Código rige como supletorio de primer grado, en defecto «de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes»), es, en un planteamiento conceptual y sin perjuicio de su indudable trascendencia práctica, de matiz. Y, por lo demás, aquella solución se mantiene, como esquema, en el art. 6.º de la Ley de Bases de 1888, que ordenaba la redacción de Apéndices «en los que se contengan las instituciones que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

(122) Según el art. 16 del Código civil de 1889, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código».

En todo caso, presupuesto para comprender tal valor constitucional de esos preceptos del Código es el fenómeno previo, ya aludido, que podría describirse gráficamente como de *desconstitucionalización* de la propia Constitución: la inicial concepción de ésta como norma refundadora, no sólo de las estructuras políticas y de gobierno, sino de todo el orden jurídico y aun social, deja paso a una Constitución que, fuera acaso de aquellos aspectos estrictamente relativos a la organización política, es meramente semántica y retórica. Constatada, entonces, la inutilidad jurídica de la norma fundamental —salva su consideración, meramente abstracta (y por tanto independiente incluso de su real existencia), como exigencia lógica de la unidad del ordenamiento—, la doctrina (123) empezará a referirse a ella como *Constitución formal*, por contraposición a otra *Constitución material*, esta sí real y efectiva, que, en cuanto recipiente de las decisiones políticas fundamentales que dan vida a un determinado modo de organización social puede no estar siquiera escrita; y cuyos componentes jurídicos han de encontrarse, en todo caso, en normas no formalmente constitucionales (124). No es, pues, aquella *Constitución formal* la que *constituye* como tal a una sociedad, dotándola de unidad también en el orden jurídico; ni la que asegura la garantía de los derechos (aunque acaso declare *formalmente* alguno o algunos de ellos); ni tampoco la que establece realmente la separación de poderes: estos elementos esenciales a la idea originaria de Constitución, presentes en el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 —«toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución»—, han de encontrarse, de existir, fuera de aquélla; y, con relevancia jurídica, en otras normas distintas que forman parte, por eso, de la *Constitución material*.

Este fenómeno de *desconstitucionalización* de la propia Constitución, se detecta, desde luego, en las Constituciones españolas que siguen a la de Cádiz; y alcanza, tal vez, su punto culminante en la norma

(123) Partiendo de la famosa conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862, por LASALLE, p. 53 ss. de la ed. española, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona 1976 (aunque hay otros precedentes: *cfr.*, sobre ello, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamento de Derecho administrativo*, I, *cit.*, p. 439). El autor hablaba de la existencia de «dos Constituciones de un país, esa Constitución *real* y *efectiva*, formada por la suma de factores (de poder) reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución *escrita*, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la *hoja de papel*» (p. 77). Para un acertado resumen de las distintas formulaciones del concepto material de Constitución, por ejemplo, TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, 1991, pp. 143 ss. En la doctrina italiana la noción hizo especial fortuna, a partir, sobre todo, de MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

(124) *Cfr.*, sobre este fenómeno, la breve pero expresiva —y reveladora— síntesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *cit.*, p. 99 ss. También, de forma más didáctica, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, p. 437 ss.

fundamental de 1876, vigente al aprobarse el Código civil. En consecuencia, las formulaciones constituyentes que justificaron la aparición de la Constitución como norma y que comportan una nueva configuración (revolucionaria) de las estructuras que sustentan el orden jurídico, en vano tratarán de encontrarse en tales Constituciones: es fuera de ellas donde se hallan; y al Código civil corresponde, desde su aparición en el orden jurídico, un sustancial protagonismo en su determinación que justifica la atribución a sus reglas de un valor *materialmente* constitucional (125).

(125) Especialmente reveladora del fenómeno que trato de describir es la consideración de la consagración jurídica, en España, del principio —sin duda de relevancia constitucional— del imperio de la ley a lo largo del siglo XIX. Dicho principio aparece como uno de los más inmediatos postulados del constitucionalismo en la Francia revolucionaria: así lo prueba el contenido de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 (*cf.*, en particular, sus arts. 5.º y 6.º) y, luego, la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (*cf.*, en particular, art. 4.º, cap. II, sec. I). En la Constitución de Cádiz de 1812 este principio se infiere con claridad de varios de sus preceptos (así, de su art. 153, según el cual —en términos significativamente similares a los del originario art. 5 Cc.— «las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites que se establezcan»), de modo que no puede negarse su valor —formal y materialmente— constitucional. En ella, además, la regla se formula —de acuerdo, por lo demás, con el primer doctrinarismo revolucionario— en términos de monopolio: en su concepción, la única fuente del Derecho es la ley y la función de los jueces y tribunales consiste, exclusivamente, en aplicar ésta en las causas civiles y criminales (*cf.* art. 242). La ley se considera perfecta y completa, y capaz de resolver todos los casos posibles; si acaso hubiera necesidad de interpretar la ley, tal interpretación no compete a los tribunales, sino a las propias Cortes autoras de la ley (*cf.* art. 131.1.º); y, en este extremo, la única función posible del Supremo Tribunal de Justicia —creado por el art. 259— es la de «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 261.10.º). El recurso de nulidad —del que toca conocer al Supremo Tribunal de Justicia y que procede contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad personal de los jueces por toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal (*cf.* arts. 261.9.º y 254)— no sirve para juzgar la adecuación de las sentencias de última instancia a las leyes sustantivas, sino sólo para asegurar el cumplimiento de los trámites procesales. A partir, sin embargo, de la Constitución de 18 de junio de 1837, la articulación jurídica del principio del imperio de la ley (y, por ende, la cuestión del monismo o pluralismo del sistema de fuentes) abandona los textos constitucionales para ubicarse en las leyes ordinarias e inducirse, primordialmente, de las reglas procesales y de la naturaleza de los recursos cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo. Se formula, primero, como monopolio de la ley, pero reconociendo a los Tribunales la facultad de interpretarla: ello se pone de manifiesto en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que atribuyó al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias que «fueren contrarias a ley clara y terminante» (art. 3.º); la jurisdicción del Tribunal Supremo es sólo rescindente o de anulación del fallo, debiendo devolver los autos al tribunal a quo para que éste «sobre el fondo de la cuestión determine en última instancia lo que estime justo» (art. 18). Como se ve, este recurso de nulidad responde a la idea de que la ley es perfecta y completa, capaz por tanto de resolver todos los casos posibles, de modo que no es planteable la existencia de regla subsidiaria alguna: la ley ha de ser necesariamente la única fuente

Así, por una parte, es en el texto del Código civil —junto con el del Código penal— donde encuentra principal acomodo, si no ya la declaración formal de los derechos individuales, sí desde luego su reconocimiento efectivo y su garantía (126); aspecto en el cual el valor constitucional del Código se explica por el conjunto de su contenido y su eficacia institucional, constituyente —como dijera DE CASTRO— de la «organización jurídica de la vida íntima de la nación» (127). Mas,

del Derecho objetivo. Más tarde, sin embargo, aparece ya superado este planteamiento y se piensa, con realismo, en la necesidad de establecer algún género de regla supletoria que pueda resolver los supuestos no previstos en la ley; y, así, la Real Orden de 30 de enero de 1855, que dio nueva organización a la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, admitió el recurso de casación, además de «por violación de ley expresa», por la de «una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales» (art. 194); sentido subsidiario de la luego llamada *doctrina legal* que pasó a las leyes de enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 (cfr. arts. 1.012, 1.015, 1.025, 1.059 y 1.060) y 23 de febrero de 1881. Fuese lo que fuese esta *doctrina legal* (desde luego, en un principio, algo distinto de la doctrina jurisprudencial, aunque después el Tribunal Supremo la acabara identificando con su propia doctrina) me parece claro que la misma aparecía como una verdadera fuente del Derecho, supletoria de la ley. Esta función de la *doctrina legal* como fuente supletoria —que, en definitiva, viene a poner de manifiesto el absoluto predominio de la ley, y aun su monopolio conceptual, sólo quebrado, a regañadientes, por imposición de la tozuda realidad de los hechos— desaparece por obra del Código civil de 1889, que previene ya explícita y taxativamente unas fuentes (costumbre y principios generales del Derecho: art. 6.º) supletorias de la ley. En todo caso, pues, una cuestión de esencia constitucional cual es el imperio de la ley, el monopolio de ésta como fuente del Derecho objetivo o, acaso, su posición y jerarquía en el ordenamiento, aparece formulada en España, tras el período de vigencia de la Constitución de Cádiz, fuera de los textos constitucionales: en las leyes de enjuiciamiento primero y, finalmente, en el Código civil.

(126) El fenómeno no es, desde luego, exclusivo de nuestro país y ha sido puesto de relieve, no sólo por los civilistas (véase la siguiente nota), sino también por los propios constitucionalistas. Basta con citar, en este sentido, al propio SANTI ROMANO, quien hizo notar cómo el Código civil italiano no sólo incluía preceptos y materias de estricto Derecho público, como las reglas sobre fuentes, o sobre la interpretación de las leyes o su irretroactividad; sino que presentaba además el desarrollo articulado de derechos tales como la libertad, la propiedad o, sobre todo, la igualdad civil, que tienen un preciso fundamento de orden constitucional [cfr. S. ROMANO, «Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche» (1903), incluido luego en sus *Scritti minori*, I, Roma 1950, p. 201 ss.; *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed., Firenze 1946, p. 201 s.; *Corso di diritto costituzionale*, 3.ª ed., Padova 1943, p. 38 ss.; o *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1946, pp. 7 y 75 ss.]. Por lo demás, la idea del Código como verdadera *constitución de la sociedad* —frente a la constitución política o del Estado— es apuntada por el propio C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), p. 137 ss.; entre nosotros, GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1984 (reimp. ed. 1951), pp. 34 s.

(127) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 116; *vid.*, también, su *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid 1957, p. 29. Cfr. además, R. BERCOVITZ, Prólogo a la edición del Cc. en Tecnos (en la de 1989, p. 22); CARRASCO PERERA, *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid 1988, p. 69 (con anotaciones críticas); Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 8.ª ed., Madrid 1992, p. 41; también, LACRUZ BERDEJO,

junto a ello —y sobre todo—, la eficacia *materialmente* constitucional del Código se pone de manifiesto inequívocamente en las disposiciones de su título preliminar, en las cuales queda consagrado en términos jurídicos el principio del imperio de la ley (128) y de sujeción del juez a sus prescripciones (dando así, al dogma de la separación de poderes, la efectividad práctica que ninguna declaración constitucional, hasta entonces, había alcanzado) (129); y cuya aplicación general, en todos los órdenes del Derecho, consigue —en función inequívoca y originariamente de naturaleza constitucional— reconducir a términos de unidad el conjunto del ordenamiento jurídico; unidad ésta, por último, a la que contribuye también decisivamente el propio título preliminar al atribuir al Derecho contenido en el Código civil el carácter de común o supletorio, no ya sólo de los Derechos civiles territoriales, sino aun de cualesquiera otros conjuntos normativos (130). Todo ello posibilitado por una Constitución que no es norma —y, mucho menos, por tanto, *norma suprema*— y que es, además, *flexible*: puede ser modificada, completada, suplida, y hasta sustituida (e infringida), por cualquier ley (131).

Elementos de Derecho civil, I, 1.^a ed., Barcelona 1975, p. 25; o GIL RODRÍGUEZ, «Acotaciones para un concepto de Derecho civil», *ADC* (1989), p. 361 (y allí otras referencias). También en la doctrina italiana se ha resaltado el mismo fenómeno: *cf.* GIORGIANNI, «Il Diritto privato ed i suoi attuali confini», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1961-I, pp. 399 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, «Dai codici preunitari al Codice civile del 1865», en *Libertà e autorità nel Diritto civile* (Padova 1977), p. 16 y ss.; UNGARI, «Per la storia dell'idea di Codice», en *Quaderni Fiorentini*, 2 (1973), p. 208 ss.; o IRTI, «L'età della decodificazione», *Diritto e Società*, 1978-4, p. 615 s. Frédéric PORTALIS (*op. cit.*, p. XXXII) aludía a la misma idea al referirse al Código como *constitution civile de la cité*.

(128) Al que directamente se refieren los arts. 4 («Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez») y 5 («Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario») del Código.

(129) La formulación expresa de tales principios se recoge en el art. 6 Cc., a cuyo tenor «el Tribunal que rehusé fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.— Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Obsérvese que la norma no formulaba, en abstracto, el sistema de fuentes del Derecho: era, en realidad, una regla dirigida a los jueces y tribunales, que ponía de manifiesto la vinculación de éstos a la ley; sólo la constatación de que la ley no es perfecta y completa, ni capaz, por tanto, de resolver todos los casos posibles, junto a la obligación judicial de fallar siempre, exige la previsión de unas fuentes supletorias a las que pueda acudir el juez en defecto de ley «exactamente aplicable al punto controvertido».

(130) Sobre la supletoriedad del Código, *cf.* Encarna ROCA I TRÍAS, «El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del Derecho supletorio», en el vol. *Centenario del Código civil*, II, p. 1777 ss.

(131) Como escribe Luis M.^a Díez-PICAZO (*La derogación de las leyes*, *cit.*, p. 57 s.), «esta invasión de materias constitucionales por parte de los Códigos no tenía importancia alguna —es más: era coherente con el conjunto del sistema—, habida cuenta de la flexibilidad de los textos constitucionales bajo los que se promulgaron muchos Códigos (Estatuto Albertino de 1848, Constitución española de 1876) y la carencia, en todo caso, de mecanismos jurisdiccionales destinados a hacer valer la suprallegalidad constitucional». En el mismo sentido, SANTORO PASSARELLI, «Preleggi», en *Nuovo Digesto Italiano*, XIII, *cit.*, p. 628.

13. La reforma del título preliminar del Código, de 1974.

Naturalmente, mientras las normas constitucionales mantienen su estructura meramente retórica y su ineficacia práctica en el orden de lo propiamente jurídico —cual ocurriera en España con las llamadas «Leyes fundamentales» del régimen de Franco—, las verdaderas reglas primarias del ordenamiento, con relevancia jurídico-constitucional de hecho, siguen encontrándose fuera de los textos formal y supuestamente constitucionales.

De ese modo, conserva el título preliminar del Código civil, bien que no en exclusiva (132), el valor *materialmente constitucional* que le

(132) Ese valor *materialmente* constitucional fue también predicado, con innegable fundamento, de otras leyes. Al decir de Luis M.^º Díez-Picazo (*La derogación de las leyes*, Madrid 1990, p. 58), «desde el momento en que históricamente desaparecen las razones que justificaban la integración en el Código civil de las reglas sobre las fuentes y su aplicación y eficacia, se desvanece también todo valor que, en su condición de materialmente constitucionales, se pretendiera dar a dichas reglas. En efecto, la quiebra, por causas de todos conocidas, de una visión estrictamente liberal del ordenamiento determina que el centro de gravedad del mismo ya no se encuentre tan sólo en el Derecho privado, sino que el Derecho público experimente un considerable desarrollo. Ello implica que el Código civil deje de tener el monopolio de regular las normas sobre las normas y que otras muchas leyes —de las que también podría decirse que son materialmente constitucionales— contengan preceptos al respecto. Piénsese, por ejemplo —concluye el citado autor—, en la importancia que, para el sistema de fuentes, tuvo en España la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». De esta última afirmó N. PÉREZ SERRANO («Una ley básica que no es Ley Fundamental», en *Estudios en honor del profesor Barcia Trelles*, Santiago de Compostela 1958, p. 441) que revestía «una importancia extraordinaria por lo cual la calificamos de Ley básica. Quiere ello decir que merece ser incluida en el número siempre reducido de las leyes cuyo contenido representa cimiento o fundaciones de un edificio imponente. Aunque la ley, modestamente, se presenta como norma de mero Derecho administrativo, tiene un fondo político latente que no puede pasar inadvertido. Rima ello bien con la especial naturaleza del Régimen que, según declaraciones de máxima autoridad, representa una Constitución *in fieri* (...). Y como todo ello (...) enlaza con el propósito, patente, de hacer más rigurosamente jurídica la vida del Estado, aunque ello especialmente afecta a su Administración, no se estimará aventurada la idea de que el nuevo texto supone una reafirmación generosa de fórmulas que caracterizan al moderno Estado de Derecho». Parecido juicio merecieron, en su momento, en relación con las garantías de los administrados y el llamado —por los administrativistas— «principio de legalidad de la Administración», la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, y la de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1986, p. 409 ss.; esp. pp. 415 y 417). Y no está de más recordar cómo, en este mismo orden de cosas, un autorizado sector de la doctrina consideró implícita una reforma de inequívoca naturaleza —*materialmente*— constitucional en la disposición final primera de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, que supuso —a su entender— «un caso de soberanía compartida», originante de una «no muy ortodoxa confederalización del Estado» [M. HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198, (1974), p. 103 s.; también, en parecidos términos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1974, p. 102].

convenía en el momento de su aprobación. Ciertamente, la subsistencia de las disposiciones del título preliminar del Código, en la redacción recibida en 1889, supuso la conservación de algunos elementos —en particular, el principio de legalidad— del Estado de Derecho; es más, a lo que entiendo (y aunque su virtualidad práctica se viera con frecuencia afectada por la aprobación de leyes especiales), puede decirse que aquél constituyó, durante mucho tiempo, *un fragmento de Estado de Derecho* dentro de un sistema que, en su conjunto, respondía a parámetros bien distintos (pero que se benefició sobremanera de la irradiación de aquél, aplicable como era a la totalidad del ordenamiento jurídico).

Por lo demás, esa eficacia constitucional del título preliminar resulta, incluso, acentuada tras la reforma del mismo llevada a cabo en 1974, en la que, manteniendo en lo esencial la estructura y las soluciones refundadoras del orden jurídico que se contenían en la redacción originaria del Código, los postulados del principio de legalidad se traducen en la formulación, con carácter abstracto y general, de un sistema de fuentes del Derecho afectante al conjunto del ordenamiento: no se trata ahora, tan sólo, de articular las consecuencias prácticas de la regla del imperio de la ley y prevenir sus inevitables deficiencias, sino de reconocer, abdicando definitivamente de la ingenua pretensión de que la ley resuelve —al menos tendencialmente— todos los casos necesitados de solución jurídica, la existencia de una pluralidad de fuentes —ley, costumbre, principios generales— que concurren, en pie de igualdad conceptual aunque sin perjuicio de su distinta ubicación en el sistema, a la formación del «ordenamiento jurídico español»; determinación ésta del sistema de fuentes que, en todo caso, es función primaria del ordenamiento y que necesariamente posee, por ello, trascendencia (*materialemente*) constitucional (133).

Con gran brillantez, desarrolló en su momento estas ideas M. HERRERO DE MIÑÓN (134), quien hizo notar cómo, si el Derecho español era un verdadero orden jurídico, era «merced al Título preliminar del Código civil que establece apodícticamente su *plenitud* y da, de modo imperativo, los criterios que permiten obtener su *univocidad* o *consistencia*. Lo primero se obtiene a través de la enumeración de las fuentes (art. 1.º) y la eliminación de las situaciones de anomía que son las

(133) Como ya indicara, en su día, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid 1949 (reimp., Madrid 1984), p. 333: «la determinación de las fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía, es un acto primario de la estructura del Estado. La inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas, constituye una alteración de la ordenación política de la organización social. Tiene auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la facultad normativa creadora». Cfr., además, para la misma conclusión, GORDILLO CAÑAS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I, vol. 1.º, 2.ª ed. —dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART—, p. 59 s.

(134) M. HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198 (1974), p. 99 ss.

lagunas (art. 4.1.º), de manera que “los jueces tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan” (art. 1.7.º) sin que, como decía el más elegante redactor de 1889, puedan pretextar “silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 6.º antiguo). En cuanto a la *univocidad o consistencia*, el Título preliminar procura establecer los mecanismos lógicos para eliminar las antinomias en sentido propio, esto es, las que impiden al sujeto agente cumplir una norma sin violar otra. Para ello se *delimita* el Derecho vigente en España mediante una ordenación sistemática de las fuentes». De este modo —concluye el autor citado—, «si el fundamento es lo que reduce a la unidad lo diverso» y si la unidad «inmanente del orden jurídico español se obtiene merced a las normas del Título preliminar», necesariamente habrá de afirmarse que «dichas normas forman parte del fundamento del orden jurídico del Estado, es decir, de la Constitución». Y, todavía, trascendiendo el concepto material de Constitución (lo que HERRERO DE MIÑÓN llama «Constitución en sentido absoluto») y «acercándose a la Constitución en el más formalista de los sentidos», ha de atribuirse, a su juicio, valor constitucional al Título preliminar del Código civil, ya que «en él se establecen los criterios para la elección, interpretación y actuación de todas las normas, incluso de las constitucionales (...). Ya se trate de aplicar la Ley Orgánica del Estado o un humilde Bando de Policía y Buen Gobierno, la costumbre marinera o los usos parlamentarios, será preciso, salvo expresa disposición en contra, acudir al Título preliminar para conocer cuáles son las fuentes del Derecho y su ordenación jerárquica, con qué criterios deben de interpretarse las normas, cuáles son los límites de su vigencia espacio-temporal y qué principios permiten controlar su eficacia».

En definitiva, como en otro lugar indica el propio HERRERO DE MIÑÓN, «el título preliminar es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento —fuentes, aplicación, eficacia general—. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento como tal ordenamiento, esto es, como un conjunto coherente (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible» (135). El objeto de sus preceptos es, pues, *materia* propiamente constitucional, porque afecta al fundamento mismo del ordenamiento (136).

(135) «Marginales al nuevo título preliminar del Código civil», *REDA*, 3, p. 361.

(136) Cfr. Luis María Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid 1990, p. 57, quien —hasta la Constitución de 1978— parece admitir el carácter materialmente constitucional de las reglas del título preliminar del Código civil. Para esta última conclusión, además —entre otros—, LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981; y TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), p. 146 ss.

14. Algunas conclusiones.

A mi juicio, hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, la atribución, a determinadas normas del título preliminar del Código civil, de un valor *materialmente constitucional* era, en primer lugar, *posible*; y, además, *razonable*:

- a) Es, primero, *posible*, desde un punto de vista técnico, a causa de la ausencia, entonces, de una Constitución con verdadero valor normativo. En ese contexto, si se trata de buscar *el fundamento* del ordenamiento en una norma, y las autodenominadas *Leyes fundamentales* no lo son, nada impide atribuir aquel valor *fundamental* a cualesquiera otras disposiciones normativas: a las del título preliminar del Código (137) o a otras diferentes. Entonces, en efecto, el acierto en la calificación no depende de la naturaleza que, en sí mismas, posean las normas de las que se predica el valor *materialmente constitucional*, sino de la adecuación de su objeto y contenido a la premisa (meramente teórica o doctrinal o, acaso, también histórica) que se adopte para calificarlas.

Por ello mismo, en particular, tal conclusión es independiente —porque lo es de ese factor el concepto mismo de *normas materialmente constitucionales*— del hecho de contenerse —los preceptos así adjetivados— en una ley ordinaria, modificable o derogable, en general o para un caso determinado, por otra ley ordinaria (138). En las tesis que afirman su existencia, la norma *materialmente constitucional* lo es por su objeto; y si luego, sin un procedimiento especial, es derogada, modificada o sustituida por otra, ello sólo significa que aquel carácter será predicable, ahora, de ésta: que ha habido, en definitiva, una reforma en la *Constitución material*.

- b) La conclusión es, además, *razonable* y, por ello, perfectamente asumible.

(137) Respecto a estas, y en punto concreto a las fuentes, escribió BATLLE (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* —dir. ALBALADEJO—, I, vol. 1.º, 1.ª ed., Madrid 1978, p. 40) que la circunstancia de tratarse de una norma de normas «es causa de que algunos tratadistas entiendan que el título preliminar adquiere el rango de verdadera Constitución política, en lo cual hay evidentemente un error. El Código civil es cierto que tiene un carácter de generalidad. Pero no hay que confundir la “generalidad” en la aplicación con la “superioridad” y carácter prevalente de la norma. El Código civil es una ley más, pero no una “súper-ley”. No es una ley de rango superior con la cualidad de fundamental e integrante del sistema constitucional del Estado». Ello, sin embargo, es rigurosamente exacto para el caso de existir en el ordenamiento una Constitución que sea realmente —por usar la misma terminología que el autor citado— una «súper-ley», con verdadero valor normativo; pero la conclusión no es acertada de no existir aquélla, como ocurriera en España antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

(138) Cfr., para esa objeción —a mi juicio, en el contexto constitucional de 1974, infundada, por las razones que digo en el texto—, DÍEZ-PICAZO, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 4.

Esa razonabilidad depende, como ya he dicho, de si se aceptan o no sus premisas, esto es, la admisibilidad misma del concepto de *normas materialmente constitucionales* y la existencia de una cierta *materia constitucional*; y de si, esto supuesto, el objeto y contenido de los preceptos del título preliminar pueden o no entenderse comprendidos en esa *materia* (139).

Así, si se acepta —como lo hace, para los ordenamientos carentes de una Constitución con verdadero valor normativo, la práctica totalidad de la doctrina constitucionalista— que existe una *materia* propia de la Constitución, y se acepta también —de acuerdo con la concepción normativista de KELSEN, cuya asunción por los autores españoles del Derecho público es también general— que esa *materia* consiste precisamente en la regulación del nacimiento o creación de otras normas, no creo que pueda considerarse siquiera dudoso que una parte del título preliminar del Código tuvo, en efecto, un valor *materialmente constitucional* (compartido, por lo demás, con otros textos legales) (140). Combinando aquel criterio doctrinal con un criterio histórico, que tenga en cuenta las funciones que la Constitución estaba llamada a cumplir en el primer pensamiento revolucionario, pienso que es razonable atribuir tal valor —tras la reforma de 1974 y hasta la Constitución de 1978—, cuando menos, a los cuatro primeros artículos del Código civil: unos, por establecer verdaderas fuentes del Derecho y regular su creación, orden de establecimiento y concreción normativa (así, arts. 1.1, 1.3, 1.4, 1.5, 3.1 y 4.1) (141); otros, por incorporar al ordenamiento el principio del imperio de la ley (los antes citados y también el art. 2 en su totalidad) y sus esenciales manifestaciones de sujeción del juez a sus prescripciones (arts. 1.6, 1.7, 3.2 y 4.2) (142) y jerarquía normativa (art. 1.2); y, finalmente, el art. 4.3, por dotar de unidad al conjunto del ordenamiento, prohibiendo la heterointegración y cerrando el sistema.

(139) Además de los autores de Derecho público ya citados, afirmaron en su día la sustancia constitucional de la materia regulada en el título preliminar del Código civil, entre los civilistas, CASALS COLLDECARRERA (en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Barcelona 1976, p. 21), FIGA FAURA (en la misma obra, p. 39) y CONDOMINES VALLS (en *ibidem*, p. 265).

(140) *Cfr.*, a este respecto, lo que se dice *supra*, n. 132. En cuanto a la regla de monopolio o primacía de la ley, *cfr. supra*, n. 125.

(141) Incluyo el art. 3.1, sobre interpretación de las normas, en este apartado, en razón de la distinción evidente «entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer» (STC de noviembre de 1981, de 8 de abril, fj. 4); por eso, como señala ASCARELLI («Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione», *RDP*, 1957, p. 315 ss.), el objeto de la interpretación es siempre el texto y, propiamente, no hay norma alguna antes de su interpretación. En cuanto a la analogía, supone también —con mayor motivo— creación de una norma (a partir de un texto no directamente referido al supuesto de hecho de ésta).

(142) Ello, a pesar de que, como denuncia Díez-PICAZO (en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, *cit.*, p. 4), exista en el nuevo título preliminar del Código civil «una evidente caída hacia cláusulas generales (...), lo que facilita la constante creación de un Derecho judicial, que de algún modo se desvincula de las leyes» (*cfr.*, también, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, *cit.*, p. 64 ss.).

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL.

15. Planteamiento.

El problema de las relaciones entre Constitución y Derecho civil se presenta, no obstante, con un cariz absolutamente diverso cuando aquélla recupera el contenido que originariamente le era propio, mostrándose finalmente como una norma jurídica directamente vinculante y aplicable. La cuestión se planteó ya, en España, con la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931 (143); y se muestra en toda su crudeza hoy, desde la promulgación de la Constitución vigente de 1978 (144).

(143) Respecto a ella no fue todavía, sin embargo, una cuestión pacífica la de la eficacia directa de la Constitución como norma jurídica. *Cfr.*, especialmente —en lo que a la repercusión del problema en el Derecho privado se refiere—, BATLLE VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado* (Madrid 1933); y DE CASTRO Y BRAVO, «El Derecho civil y la Constitución», *RDP*, 1935, p. 33 y ss. (y las referencias de ambos: especialmente, las más generales de DE CASTRO, p. 34 y s., notas 7, 8, 10, 11 y 12). Para BATLLE (*op. cit.*, p. 16), es «la repercusión de la Constitución en el Derecho privado (...) inmediata, como ley posterior y suprema, que anula toda otra anterior que a ella se oponga por su propia jerarquía y por el principio de que la ley posterior deroga la anterior, repercusión mediata en cuanto, contradiciendo o no directamente algunos preceptos, dispone la realización de una nueva ordenación para la materia a que se refieren; y aún una repercusión más lejana sobre aquellos preceptos que ni contradice abiertamente, ni dispone que sean objeto de nueva regulación, pero que necesariamente, por responder a un estado de Derecho distinto al que se instauro, han de sufrir una transformación en cuanto a su esencia, o incluso desaparecer». DE CASTRO, en cambio, entiende (*op. cit.*, pp. 39 y 47) que «la Constitución, aun en este caso, no regula directamente las relaciones jurídicas de orden privado; sienta solo principios que necesitan ser desenvueltos en nuevas leyes para alcanzar eficacia inmediata». Ello no obstante —añade el autor citado—, «si bien podemos afirmar que escasamente se ha modificado algún precepto articulado del Derecho privado, hay que reconocer que el espíritu informador del Derecho ha cambiado, y con él los principios generales del derecho. Mientras la letra de la ley ha permanecido intacta, ha cambiado su fundamento ideológico; por ello, de acuerdo con las nuevas ideas, deberá hacerse la interpretación de los antiguos textos legales».

(144) La tesis del valor normativo y directo de la Constitución española de 1978 —y de todos y cada uno de sus preceptos— es hoy, desde el fundamental trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA (*op. cit.*, p. 95 ss.; «La Constitución como norma jurídica», *ADC*, 1979, p. 291 y ss.; también en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981 —3.ª ed., Madrid 1985— especialmente pp. 39 a 105; y, más tarde, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Madrid 1989, p. 106 y ss.), un lugar común en la doctrina. *Cfr.*, por todos, ROMERO MORENO, «La aplicación normativa directa de la Constitución española (Reflexiones sobre jurisprudencia constitucional)», *La Ley* 1983-2, p. 1267 y ss.; LEGUINA VILLA, «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, 114 (1987), pp. 7 y ss.; y, entre los civilistas, por todos, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Madrid 1986, p. 21 y ss., y 121 y ss. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es constante en el mismo sentido: *cfr.*, por todas, sentencias 1/1981, de 26 de enero, y 16/1982, de 28 de abril. Para una más amplia referencia a esa jurisprudencia, LEGUINA VILLA, *op. cit.*, ROMERO MORENO, *op. cit.*, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *op. cit.*, p. 121 y ss.

Y es que, en efecto, cuando la Constitución —y tal es, sin duda, el caso de la vigente de 1978— «se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos» (145), resulta imposible de todo punto atribuir a cualquier norma ordinaria un valor constitucional: no cabe ya, desde entonces, encontrar decisiones políticas ni jurídicas verdaderamente fundamentales fuera de la propia Constitución sin menoscabo del propio concepto y significación que ésta se atribuye a sí misma. Utilizando las conocidas expresiones de SIEYÉS, podría decirse que no pueden los poderes constituidos generar normas que participen del valor que conviene a las ya articuladas por el poder constituyente; lo que, dicho de otro modo, significa que cuando la Constitución es verdadera norma jurídica, toda regla o principio *materialmente* constitucional es necesariamente, y a un tiempo, *formalmente* constitucional (146). De este modo, el Derecho civil, recogido —en cuanto tal— en normas ordinarias, sin perjuicio de la tensión que sobre él ejerciera la Constitución, perdería todo valor *materialmente* constitucional; como lo perderían también, en particular, los preceptos del título preliminar del Código civil en los que, bajo el imperio de otro concepto bien distinto de Constitución, encontraban antes cobijo no pocas decisiones jurídicas fundamentales para el conjunto del ordenamiento (147).

Todo ello, en una perspectiva rigurosa y técnica, no ofrece duda: como ya he explicado (148), en presencia de una Constitución (cual es el caso de la española de 1978) que sea *norma suprema*, esto es, que posea un procedimiento especial de reforma y prevea una sanción jurídica —con un órgano capaz de declararla— para la contravención de

(145) GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma...», *cit.*, p. 105.

(146) *Cfr.*, por todos, LUIS M.^º DíEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, *cit.*, pp. 58 s.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, *cit.*, p. 468 s.; DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, p. 17 s. Tras la Constitución, sin embargo, continúan hablando del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil, por ejemplo, TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), p. 146 ss.; también LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. col. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981. En la jurisprudencia, las sentencias de 29 enero 1987 —social—, 7 abril 1987 —penal— y 20 noviembre 1989 —penal—, entre otras, todavía atribuyen al título preliminar del Código civil un carácter o valor «cuasi-constitucional».

(147) A partir de la Constitución de 1978 —ha escrito DíEZ-PICAZO— (*Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 5), «al título preliminar del Código civil no puede asignársele un valor constitucional o cuasi-constitucional del que carece. Es un conjunto de disposiciones legislativas, que están, por eso mismo, subordinadas a la Constitución y que no vinculan al Poder Legislativo».

(148) *Cfr. supra*, apartado I, sub núm. 3.

sus prescripciones por las normas de rango legal, el concepto de *Constitución material* no es, siquiera, planteable.

Mas, pese a todo, la trascendencia para el conjunto del ordenamiento de los preceptos contenidos en el título preliminar del Código civil resulta evidente; y nada mejor para demostrarlo que el uso que de dichos preceptos ha hecho el propio Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

16. Aplicación por el Tribunal Constitucional de los tres primeros capítulos del título preliminar del Código civil.

El Tribunal Constitucional ha aludido en no pocas ocasiones a diversos preceptos del título preliminar del Código civil para fundamentar jurídicamente sus decisiones. Su doctrina, y la función y valor que haya atribuido en ellas a tales preceptos, constituye, sin duda, un ineludible punto de apoyo para explicar el valor de aquéllos y su relación con la Constitución. Veamos, pues, qué uso ha hecho el Tribunal Constitucional de las reglas contenidas en el título preliminar del Código.

Una primera referencia de interés se encuentra en la STC. 4/81, en la que señaló el Tribunal Constitucional (fj. 1.º) que «*los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter formador de todo el Ordenamiento jurídico —como afirma el art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos*». La necesidad de interpretar todas las normas de acuerdo con los principios constitucionales se explica aquí, pues, subsumiendo tales principios en la regla contenida en el art. 1.4 Cc., de modo que el concreto valor que la sentencia les atribuye parece apoyarse jurídicamente en lo ya dispuesto, con carácter general, en este último.

Particular consecuencia y nítida manifestación del valor normativo de la Constitución española de 1978 es —como es bien sabido— el tenor del núm. 3 de su disposición derogatoria, según el cual «*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*». Pues bien: también para explicar el alcance de este precepto constitucional y la eficacia derogatoria de la norma fundamental sobre el Derecho preexistente, ha recurrido el Tribunal al título preliminar del Código civil. Así lo hace en la STC. 36/82, en cuyo fj. 3.º se lee que «*la disposición derogatoria tercera de la Constitución abroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, lo que sucederá, conforme al art. 2.2 del Código civil, con todas aquellas materias que reguladas por una Ley precedente a la Ley superior sean incompatibles con ésta, por ser disconformes o contrarias a su prevalente contenido, mientras que pervivirán las que puedan coexistir, por tener un campo de acción coincidente y complementario*». Es decir,

que la determinación de qué preceptos de leyes preconstitucionales han de entenderse derogados por la Constitución misma aparece presidida por la aplicación de los criterios normativos previstos en el art. 2.2 Cc. para la derogación de cualesquiera leyes por otras leyes posteriores (149).

En la STC. 43/82, se planteó el Tribunal Constitucional, relativamente a la Constitución de 1978, otro de los problemas derivados de la entrada en vigor de cualquier norma jurídica, cual es el de su eficacia en el tiempo: la cuestión, en definitiva, de si la Constitución tiene o no efectos retroactivos. Y en ella (fj. 1.º), tras constatar que el *petitum* del recurrente de amparo «*implica necesariamente la aplicación retroactiva de la Constitución española de 1978, en concreto de su art. 14*», se afirma que «*sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2.3 del Código civil) y que la disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado, sin que exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el art. 14, cuya aplicación se pretende en este caso*». Es claro, entonces, que esta resolución niega toda eficacia retroactiva a la Constitución como norma por directa aplicación a la misma del art. 2.3 Cc.

(149) La existencia de una específica disposición derogatoria en la Constitución explica, por lo demás, que el Tribunal Constitucional no haya necesitado recurrir al art. 2.2 Cc. para fundamentar el efecto derogatorio de aquella sobre las leyes preconstitucionales, en sí mismo considerado, sino sólo para explicar el eventual alcance y extensión de tal derogación. Cuidadosamente evita la referencia a la citada regla extraconstitucional el voto particular (de RUBIO LLORENTE) a la STC. 4/81, en el que se trata de distinguir con precisión entre inconstitucionalidad y derogación sobre la base de que «la derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo», mientras que «la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella»; contexto éste en el que se afirma que «el principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución y, antes, en el art. 1.2 de nuestro Código civil), pero que sólo cede ante éste». Mas, sin dudar de que la derogación de la norma anterior por la ulterior incompatible de igual o superior rango sea «un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico», parece ineludible la cita y aplicación de la norma concreta que explícitamente lo incorpora a éste (el art. 2.2 Cc.). La omisión de tal cita tal vez se comprenda mejor con la referencia, en la ubicación en el ordenamiento del principio de jerarquía normativa, al art. 9.3 CE. en presente y al 1.2 Cc. en pasado: una y otra apuntarían a impedir que los efectos de la Constitución, como norma, sobre otras normas, para el pasado (derogación) y para el porvenir (inconstitucionalidad), se expliquen *normativamente* en función de lo dispuesto en preceptos extraconstitucionales y —lo que es peor— preconstitucionales. Por mi parte, dudo que sea mejor para fundamentar el valor normativo de la Constitución el recurso a un hipotético «principio lógico del ordenamiento» en todo caso extraconstitucional, que a una norma positiva y existente en el ordenamiento que versa sobre otras normas y cuya aplicación a éstas presupone e implica su normatividad.

Del mismo art. 2.3 Cc. hace uso la STC. 27/81, si bien en un sentido distinto. El art. 9.3 CE. afirma, escuetamente, que la Constitución garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»; pero, esto supuesto, y como un *prius* para la aplicación del precepto constitucional, surge el problema de cuándo ha de considerarse que una disposición se presenta como retroactiva. Es para resolver este último que el Tribunal Constitucional vuelve a acudir al art. 2.3 Cc.: «*el Ordenamiento jurídico —dice—, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones pro futuro. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones vecindarias; y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del art. 2.3 del Código civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales*».

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que invocan el art. 3.1 Cc., relativo a la interpretación de las normas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, de la STC. 3/83 —cuya doctrina y términos textuales se acogen en otras posteriores (150)—, en la cual, ante la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que resultaría de la aplicación literal de lo dispuesto en una ley, se afirma (f.j. 5.º) que «*lo que resulta procedente realizar es que los Tribunales ordinarios y en su caso el Tribunal Constitucional al decidir los recursos de amparo efectúen una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el art. 24 de la Constitución y con el contenido del art. 3 del Código civil*». Se trata, entonces, de impedir la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a través de la interpretación del precepto legal cuya aplicación literal generaría aquella, a cuyo efecto la norma habilitante de esa interpretación no sería otra que la contenida en el art. 3.1 Cc.; pero lo que interesa destacar es cómo, según la sentencia, tal función la cumple el art. 3.1, no sólo respecto a la interpretación que correspondería llevar a cabo en tal caso a los Tribunales ordinarios (que están sometidos al imperio de la ley: *cf.* art. 117.1 CE.), sino también relativamente a la que habría de realizar, «en su caso», el Tri-

(150) Así, la STC. 9/83, fj. 3.º, y la 46/83, fj. 7.º. También ATC. 195/87, fj. 2.º

bunal Constitucional (el cual, al decir del art. 1 de su ley reguladora, «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica»). De hecho, el propio Tribunal Constitucional recurre a dicho precepto, y en este sentido, en la STC. 43/84, en la que señalara (fj. 2.º) que *«el carácter tuitivo de la legislación laboral (...) lleva a entender, de acuerdo con el art. 3.1 del Código civil, que la declaración de incompetencia en el orden laboral debe hacerse previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho»*; haciendo así una interpretación extensiva del art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente, que sólo exigía esta conducta al Magistrado de Trabajo y no al Tribunal Central, y entendiendo que tal omisión en la resolución de éste recurrida en amparo generaba una violación del derecho de los actores a la tutela judicial efectiva. E, idénticamente, en la STC. 172/85 declaró (fj. 8.º) que *«una interpretación acorde con el art. 3, núm 1, del Código civil de las normas procesales laborales y de las de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletorias, abona la exigencia de una mínima colaboración judicial con las partes para hacer efectivos sus derechos de tutela jurisdiccional, cuando la inobservancia de requisitos procesales no pueda imputarse razonablemente a error o negligencia de las mismas»*; otorgando así el amparo frente a una resolución del Tribunal Central de Trabajo que *«omitió la valoración de las circunstancias concurrentes, limitándose a extraer las más duras consecuencias deducibles de la normativa procesal en perjuicio del recurrente»* (151).

En el art. 3.1 Cc. vuelve a insistir la STC. 253/88. En ella, el Tribunal Constitucional enjuicia una sentencia del Tribunal Central de Trabajo, el cual había denegado una pensión de viudedad a un varón al amparo de un precepto legal que literalmente la atribuía sólo a las viudas y argumentando que «las regulaciones de los diferentes y sucesivos sistemas de previsión social están establecidos atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del momento histórico correspondiente y no cabe que el juez modifique sus propios términos en atención a situaciones posteriores, pues aunque el Código civil impone la interpretación de la ley con arreglo a la realidad del momento (art. 3.1), las reglas de la hermenéutica deben tenerse en cuenta en los supuestos de oscuridad o insuficiencia, pero ante la claridad y contundencia del texto normativo de que se trata, sólo es dada su interpretación estricta». Frente a este argumento, recuerda la sentencia constitucional (fj. 4.º) la

(151) Esta doctrina se recoge nuevamente en la STC. 180/87, fj. 2.º: *«Una interpretación de las normas procesales laborales y de las de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletorias, que resulte acorde con lo dispuesto en el art. 3.1 del Código civil y con el deber de colaboración que el art. 24.1 de la Constitución impone a los órganos judiciales para hacer efectivos los derechos de tutela jurisdiccional, requiere que se posibilite la subsanación de los requisitos procesales cuyo incumplimiento tenga su origen en omisiones o errores judiciales que, al tiempo, no pueda ser razonablemente imputado a negligencia inexcusable de la parte»*.

necesidad de interpretar todas las normas con arreglo a la Constitución para, a renglón seguido, indicar que, *«siendo esto así, las reglas de interpretación recogidas en el art. 3 del Código civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el “contexto” al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada “interpretación integradora”, cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo»*. Y, continuando con la referencia al art. 3.1, añade el Tribunal Constitucional que *«esta interpretación conforme a la Constitución debe efectuarse por igual —aun cuando en uno y otro caso origine diferentes consecuencias—, tanto respecto de las normas posteriores a la Constitución como en relación con las preconstitucionales, pues dentro de la realidad social del tiempo en que tales normas han de ser aplicadas, a que alude la sentencia impugnada, se integran las exigencias derivadas de la acomodación del ordenamiento jurídico a los derechos constitucionalmente garantizados»* (152).

Interesante es también la doctrina contenida en la STC. 120/83, en la que explícitamente se manifiesta que la buena fe como límite al ejercicio de los derechos establecido con carácter general en el art. 7 Cc., es también un límite del derecho fundamental de libertad de expresión. Ésta —se lee en el fj. 2.º de la sentencia citada— *«no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código civil expresa con carácter general, al*

(152) Por su parte, la STC. 20/91, de 31 de enero, argumenta con base en el art. 3.1 Cc. para explicar por qué no vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley el cambio de criterio jurisprudencial convenientemente justificado: *«el otro plano del principio de igualdad, en la aplicación de la ley, requiere —dice la sentencia— que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, siempre que concurran las circunstancias que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, son exigibles para que, en cumplimiento de este principio, no se produzcan por un mismo órgano judicial y frente a un caso idéntico, resoluciones contradictorias, salvo que en las mismas se justifique el cambio de criterio inherente a la necesaria evolución jurisprudencial sin el cual se petrificaría la aplicación de las normas y se impediría su adaptación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como establece el art. 3.1 del Código civil, y no serla posible la necesaria evolución del Derecho que, por su propia naturaleza, está sometido a un constante proceso de perfeccionamiento en su aplicación»*.

precisar que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y que en el supuesto de examen tienen una especial manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho de libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación». Reitera esta misma doctrina la STC. 88/85 (153) y, luego, la STC. 6/88, la cual indica expresamente la necesidad de recordar «lo previsto en el art. 7.1 del Código civil en orden al ejercicio de todos los derechos —de los constitucionales también— conforme a las exigencias de la buena fe».

Al art. 1.7 Cc. se refiere la STC. 23/88, cuya doctrina me parece de gran importancia. Se plantea en dicha sentencia el Tribunal Constitucional el problema de si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial que omite la aplicación de una norma legal posterior a la Constitución por considerarla contraria a ésta, y ello sin plantear la correspondiente cuestión de constitucionalidad. Es en este contexto en el que afirma la sentencia (fj. 1.º) que *«la tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la*

(153) Esta sentencia, tras citar expresamente la STC. 120/83, añade que *«la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».* Nuevamente la misma doctrina en el ATC. 1.121/88, fj. 2.º.

ley y a la Constitución». Reitera esta doctrina la STC. 12/91, de 28 de enero (154).

Por lo demás, la existencia de unos procesos constitucionales, regulados en sus trámites y requisitos en su Ley Orgánica reguladora, ha obligado lógicamente al Tribunal Constitucional a enfrentarse a problemas de aplicación de aquellas normas procesales, lo que ha sido nuevamente motivo de invocación en sus decisiones de preceptos del título preliminar del Código civil. Así, ha buscado explícitamente en el art. 3.1 Cc. los criterios para la interpretación de alguno de los referidos preceptos procesales (155); y ha afirmado que, constatada la existencia en éstos de una laguna, *«la necesaria integración (...) debe realizarse a través de los criterios generalmente admitidos para ello por las leyes y en particular por lo dispuesto en el título preliminar del Código civil»* (ATC. 43/85, fj. 1.º), con lo que justifica el recurso a la analogía (156).

(154) Al art. 1.7 Cc. se refiere también la STC. 111/91, de 20 de mayo, la cual, ante la alegación del recurrente en amparo de no haber aplicado el Tribunal ordinario una cierta Orden ministerial, sino, directamente, una ley, señala que *«huelga advertir, además, que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan “ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 del Código civil) del que forma parte indudable, en el caso que nos ocupa, la Ley 50/1977 y su art. 31, con independencia de lo que pueda disponer la Orden ministerial invocada por la actora»*.

(155) Es el caso del Auto 646/84, según el cual el art. 56.1 LOTC., *«atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad como dice el art. 3.1 del Código civil, ha de interpretarse en el sentido de que la suspensión comprende la privación temporal de eficacia, por lo que no se circunscribe a la pura ejecución»*.

(156) *«La doctrina del Derecho procesal —dice el citado ATC. 43/85— ha venido elaborando, de manera, por lo general concorde, la figura o categoría de las crisis del proceso entendidas como hechos o vicisitudes que modifican los elementos estructurales del mismo y la situación creada en el momento de establecerse la relación jurídicoprocesal. Entre tales “crisis” son de particular significación aquéllas que afectan de manera directa al objeto del proceso, constituido por la pretensión del actor y la posición que la parte frente a quien la pretensión se formula adopta ante ella, que constituyen en su conexión la denominada controversia o cuestión litigiosa.— Nada establece al respecto, para los procesos constitucionales, la Ley Orgánica de este Tribunal, cuyo art. 80 contiene una remisión, en las materias que indica, a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de este tipo, que nada preceptúan en la referida materia, por lo cual, no hay óbice para considerarla, en los procesos constitucionales, como una laguna legal de necesaria integración que debe realizarse a través de los criterios generalmente admitidos para ello por las leyes y en particular por lo dispuesto en el título preliminar del Código civil.- En aplicación de tales criterios de integración de lagunas, este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones la aplicabilidad, por vía de analogía, a los procesos de amparo, de lo dispuesto en el art. 90 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en aquellos casos en que la lesión de los derechos constitucionales arranca de un acto de la Administración Pública, dando cauce en esta sede a la figura denominada “satisfacción extraprocesal de la pretensión”, cuya aplicación, en algún caso, se ha reconocido también cuando las eventuales lesiones de los derechos fundamentales tengan su origen directo e inmediato en los órganos del Poder Judicial»*.

17. **Recapitulación: la función normativa del título preliminar del Código tras la Constitución de 1978.**

El análisis de las referencias y alusiones del Tribunal Constitucional a los distintos preceptos del vigente título preliminar del Código civil arroja, pues, conclusiones significativas. En efecto:

- i) El intérprete supremo de la Constitución española de 1978 (*cf.* art. 1 LOTC.) se ha servido del art. 1.4 Cc. para afirmar que los principios constitucionales tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico y fundamentar en ello la necesidad de interpretar éste de acuerdo con aquéllos; ha precisado el alcance, sobre las normas preconstitucionales, de la disposición derogatoria tercera de la propia Constitución —inequívoca prueba del valor normativo de ésta—, aplicando lo dispuesto sobre la derogación de las leyes por otras leyes posteriores en el art. 2.2 Cc.; y ha hecho uso de lo dispuesto en el art. 2.3 Cc. para establecer que la Constitución no tiene efecto retroactivo.

Los preceptos citados del Código civil son, en todos los casos, «normas sobre normas»: el supuesto de hecho de aquéllos son las normas jurídicas, y sus respectivas consecuencias jurídicas un afirmado carácter informador del ordenamiento jurídico, un cierto y preciso alcance derogatorio y una regla de eficacia temporal. Pues bien: esto supuesto, el Tribunal Constitucional ha subsumido a la «norma jurídica Constitución» en el supuesto de hecho «normas jurídicas en general» previsto en los citados preceptos del título preliminar, extrayendo entonces de cada uno la consecuencia jurídica en él establecida.

- ii) Parecidamente, y presupuesta la necesidad de interpretar todos los textos legales de conformidad con la Constitución, ha invocado el Tribunal Constitucional el art. 3.1 Cc. como precepto en el que han de buscarse los elementos o criterios a ponderar al llevar a cabo tal interpretación, utilizándolo de hecho para obtener una «interpretación integradora» de las normas que impida que la aplicación literal de éstas genere una violación de los derechos fundamentales. Ello supone —como el propio Tribunal declara en alguna resolución— considerar integrada a la Constitución en el «contexto» de la norma a interpretar y a las exigencias de ella derivadas en la «realidad social» del tiempo en que ha de ser aplicada la referida norma: en definitiva, entonces, subsumir a la Constitución en los elementos estructurales de la norma contenida en el art. 3.1 Cc.
- iii) También ha recurrido el Tribunal Constitucional al art. 2.3 Cc. para determinar cuándo ha de considerarse que una norma tiene efecto retroactivo, determinación ésta que es necesariamente previa para establecer la concurrencia de una posible

vulneración del art. 9.3 CE., en cuanto éste garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Aquí el supuesto de hecho de la norma constitucional viene constituido por un concepto jurídico constitucionalmente indeterminado, cuya exacta delimitación pasa por la aplicación del precepto citado del Código.

- iv) En diversas sentencias, ha estimado el Tribunal Constitucional que en la regla del art. 7.1 Cc., a cuyo tenor «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», han de entenderse también comprendidos los derechos constitucionales, de modo que la buena fe es también un límite al ejercicio de éstos. También aquí hay una subsunción del dato constitucional —los derechos fundamentales— en una norma del título preliminar del Código civil, con la consiguiente extensión a aquél de la consecuencia jurídica prevista —para los derechos en general— en ésta.
- v) Finalmente, ha estimado el Tribunal Constitucional que la norma contenida en el art. 1.7 Cc., que ordena a los jueces y tribunales resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido, es «presupuesto implícito e inexcusable» para la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La regla del Código se articula, pues, como un *prius* relativamente a un derecho fundamental.

Teniendo en cuenta estos datos, no creo ofrezca duda que las razones que condujeron en su momento a un cierto sector de la doctrina a afirmar el valor o función *materialmente* constitucional de los preceptos citados del título preliminar del Código civil siguen perfectamente vigentes; aunque no sea ya, en un plano estrictamente técnico, exacta o adecuada la conclusión. Los indicados preceptos contienen, en efecto, criterios primarios del ordenamiento jurídico, «normas sobre las otras normas» que explican el modo de ser de nuestro Derecho: tan es así, que aun la misma Constitución formal como norma jurídica es subsumible en las previsiones de aquéllos. Mas, naturalmente —y ello no es en modo alguno contradictorio con lo que acabo de afirmar—, esa relevancia de las normas contenidas en el título preliminar del Código civil no empece a su obvio carácter de ley ordinaria, excluída de la Constitución (que lo es, en exclusiva, *formal y material* a un tiempo) y plenamente subordinada a ésta en la jerarquía normativa. El propio Tribunal Constitucional ha subrayado con claridad esta circunstancia en alguna ocasión (157).

(157) Por ejemplo, en el ATC. 58/83, en el que el Tribunal Constitucional se plantea si podía entenderse alegado el principio constitucional de igualdad en el proceso judicial (alegación que, como es bien sabido, es requisito necesario para la ulterior interposición del recurso de amparo) dada la invocación en él de la equidad

El fenómeno, por lo demás, es, a mi juicio —teniendo en cuenta el origen y la función que, históricamente, ha tenido el título preliminar del Código civil, y que he tratado de poner de relieve en las páginas precedentes—, fácilmente explicable:

- a) Dicho fenómeno se da, en primer lugar, precisamente *porque la Constitución de 1978 es Derecho*.

En efecto. Como ya he explicado, el conjunto del contenido del título preliminar del Código civil tiene un origen puramente doctrinal o, si se quiere, didáctico: procede, a través del proyecto del año VIII de *livre préliminaire* del Código francés, del que, con el mismo título, incluyera DOMAT en sus *Lois civiles* para explicar o exponer «les premiers éléments du droit». Es, por ello, al igual que su precedente, una suerte de *introducción al Derecho*, aplicable a todas las manifestaciones de éste y necesaria —como dijera el propio DOMAT— para poderlas entender.

Cierto es que, luego, la sección de legislación del Consejo de Estado acabó reduciendo el libro preliminar del *Code* a tan sólo el contenido más genuinamente revolucionario —más directamente relacionado con el principio del imperio de la ley— del proyecto del año VIII; y, ello, por pensar —como relata el propio PORTALIS (158)— que los dos primeros títulos del proyecto ofrecían definiciones o conceptos generales sobre el Derecho y sobre las leyes que pertenecen más a la enseñanza que a la legislación. Pero, en España, buena parte de ese contenido puramente didáctico o teórico ha sido recuperado —y, con ello, *normativizado*— tras la reforma del título preliminar de 1974 (159).

entre los motivos del recurso intentado ante el Tribunal Supremo por los luego recurrentes en amparo: «*si el motivo —se lee en el f. 2.º del auto citado— puede entenderse como de invocación a la igualdad, acudiendo a una originaria significación de la palabra “equidad”, podría concluirse que la violación constitucional que ahora se denuncia, se planteó en el proceso previo. Pero si el alcance de la invocación de entonces, lo fue en el marco general del párrafo 2.º del art. 3.º del Código civil, habrá que convenir que como criterio interpretativo o hermenéutico, incluso como factor de corrección o de rectificación de las consecuencias de una determinada aplicación de la norma jurídica, pertenece también el caso del recurso al área interpretativa de la legalidad ordinaria*». En parecidos términos se pronuncia el ATC. 1.246/88: «*Que el problema es, rigurosamente —dice el Tribunal Constitucional—, de interpretación de la ley lo demuestran los escritos del solicitante del amparo que tiene que recurrir a una alegación del art. 3 del Código civil, de suerte que es legítimo entender que lo que nos pide, en el fondo, es el control y la revisión de una interpretación de ley por considerarla errónea o indebida. Sin embargo, es claro que ello en ningún modo supone violación de los derechos del art. 24 de la Constitución y que pertenece a la soberanía de los jueces y tribunales del Poder Judicial y está fuera de los límites de la justicia constitucional*».

(158) Cfr. PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 432.

(159) Con razón se ha podido decir que la innovación de 1974 «puede ser considerada como una reforma de pura *elegantia iuris*, que introduce una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 66).

Al ser, la Constitución, *Derecho*, todo razonamiento que la tenga por objeto se ha de valer de las nociones previas, útiles o instrumentos que son sustento de aquél. Así, al estar éstos en parte recogidos en el título preliminar del Código civil, es lógica, entonces, su invocación (también con referencia a la Constitución); aunque, en realidad, tales nociones previas serían utilizadas e invocadas igual si el título preliminar del Código no existiera, o no tuviera el contenido que tiene.

- b) En segundo lugar, la subsunción de la Constitución en los preceptos del título preliminar del Código civil tiene lugar, o puede tener lugar, *porque la Constitución es norma*. Como quiera que dicho título preliminar contiene «normas sobre normas», preceptos cuyo supuesto de hecho viene constituido por otras disposiciones normativas, si la Constitución es norma, ha de ser posible su subsunción en aquéllas. Tal cosa, no sólo no supone negar el carácter normativo de la Constitución, sino que, bien al contrario, lo confirma.

Pero, por lo demás, las «normas sobre normas» lo son por su estructura, independientemente de su naturaleza y de su posición en la jerarquía normativa. Siempre han existido «normas sobre normas» en el ordenamiento jurídico, dentro y fuera del título preliminar del Código civil; y siguen existiendo ahora, dentro y fuera de la Constitución. Es, así, evidente que las indicadas «normas sobre normas» no tienen por qué tener necesariamente valor o naturaleza constitucional: de hecho, es notorio que no lo tenían antes de la Constitución de 1978 todos los preceptos de esa clase contenidos en el título preliminar del Código (piénsese, por poner algún ejemplo obvio, en el art. 5, sobre cómputo civil de los plazos, o en las reglas de Derecho internacional privado o interregional); y no lo tiene hoy ninguno de ellos, una vez superado el concepto de *Constitución material*, impedido hoy por los propios caracteres con que la Constitución de 1978 se presenta.

Todo ello, no sólo no es, en sí mismo, anómalo, sino que es, además, un fenómeno que el propio texto fundamental de 1978 contempla. Este, en efecto, prevé la existencia, extramuros de la misma Constitución, de las «normas sobre normas» de que se ocupa hoy el título preliminar del Código civil: así se infiere de la referencia constitucional, como tarea del legislador estatal, a las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», o las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8.^a CE.). Con independencia de que dicha previsión se contenga con ocasión de la delimitación de las competencias en materia de «legislación civil» entre el Estado y las Comunidades autónomas, es lo cierto que el precepto pone de relieve que, para la propia Constitución, el estableci-

miento de tales «normas sobre normas» es tarea de la ley ordinaria y no *materia* constitucional, y que está ínsita en la naturaleza de aquéllas comprender en sus supuestos de hecho a todas las demás normas jurídicas, sea cual sea su valor, rango o jerarquía. Así, la Constitución puede contener, y de hecho contiene, un buen número de «normas sobre normas»; pero ni todos sus preceptos tienen por qué tener ese carácter, ni —según señala ella misma— todas las «normas sobre normas» han de formar parte de su texto. A partir de ahí, las «normas sobre normas» contenidas en la Constitución prevalecen y se imponen, en razón de la superior jerarquía de ésta, sobre los preceptos extraconstitucionales de esa misma índole; mas, a la vez, supuesta su conformidad con la propia Constitución, esta misma, precisamente por ser norma jurídica, ha de ser subsumible y puede ser subsumida en estos últimos.

- c) Resta, por último, hacer una constatación, perfectamente compatible, por otro lado, con cuanto llevo dicho.

Como he tratado de explicar en páginas anteriores de este mismo trabajo, algunos preceptos del título preliminar del Código civil recogen y normativizan ciertos aspectos de un acervo jurídico que hunde sus raíces en los orígenes mismos del constitucionalismo y expresan, por eso, determinados rasgos *fundamentales* del orden jurídico, que la Constitución de 1978 presupone y asume como *conquistas* que son fruto de un proceso histórico del que ella misma forma parte. La idea está ya en el mismo Preámbulo de la Constitución, en el cual se contiene la solemne afirmación de que «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de (...) *consolidar* un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; pero donde, a mi juicio, se muestra con mayor claridad es en su art. 9.3 —el último del título preliminar de la propia Constitución—, según el cual «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Si bien se observa, este último precepto constitucional contempla ciertos principios o reglas básicas y fundamentales del orden jurídico, definidoras del *Estado de Derecho* (160), en términos de *garantía* y

(160) Como indica ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (*Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid 1990, p. 99), los contenidos en el art. 9.3 CE. «deben ser calificados más bien de principios de un Estado de Derecho que como principios generales del Derecho, pese a su relativa o aparente amplitud o generalidad sectorial».

por tanto, de confirmación o consolidación en la medida en que los mismos estuvieran ya presentes en el ordenamiento preconstitucional (a la vez, claro es, que de impugnación de los posibles elementos de quiebra de aquéllos que en el mismo pudieran existir). Pero lo hace en términos absolutamente genéricos y, en sí mismos, imprecisos (161): la concreción y precisión se obtiene en tanto en cuanto hay una remisión a conceptos ya acuñados y precisados en la tradición constitucional con que el texto de 1978 enlaza y de la que él mismo forma parte; conceptos cuya traducción y formulación, ligando supuestos de hecho concretos a consecuencias jurídicas también concretas, se encuentra, singularmente y en buena medida, en los distintos preceptos del título preliminar del Código civil. Porque, en efecto, son manifestaciones inequívocas del principio de legalidad, que dotan a éste de específicos contenidos normativos, la preeminencia de la ley en el sistema de fuentes que regulan, especialmente, los núms. 1, 3, 4 y 5 del art. 1.º Cc., como lo es muy en particular la regla contenida en el art. 1.7 Cc.; el art. 1.2 Cc., por su parte, formula en términos precisos la jerarquía normativa y las consecuencias jurídicas de su eventual infracción; los arts. 2.1 y 1.5 Cc. disciplinan con exactitud el principio de publicidad de las normas; lo mismo hace el art. 2.3 relativamente a la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las normas; y al mismo principio de legalidad, y a la seguridad jurídica, afecta la regla del art. 2.2 Cc., referente a la derogación de las leyes y su eventual alcance y extensión.

Así pues, los indicados preceptos del título preliminar del Código civil expresan exigencias primarias de un modelo de orden jurídico con el que la Constitución quiere enlazar y en el que quiere insertarse, y en este sentido puede decirse que —no como normas positivas preexistentes a la Constitución que vinculen a ésta en razón de un superior rango o valor, sino en cuanto formulación abstracta (162) de aquellas

(161) Lo que no quiere decir, en absoluto, que, el art. 9.3 CE y cada uno de los «principios» que enuncia, no sean verdaderas normas (por cierto: «normas sobre normas»). Como explica SANTAMARÍA PASTOR (*Fundamentos de Derecho administrativo*, I, *cit.*), este art. 9.3 es lo que él llama una «norma principal», cuya función es definir «los principios vertebrales del sistema normativo» (p. 449) y «cuya eficacia es inmediata, pero indirecta: inmediata, porque su aplicación no requiere de desarrollo ni concreción alguna (...); pero también indirecta, por su carácter de reglas interpretativas y estructurales, cuyo empleo siempre tiene lugar a propósito de la aplicación de cualquiera otra norma, al objeto de justificar una interpretación determinada de la misma. Su propia formulación principal, definitoria, las hace insusceptibles de una exigencia judicial de su contenido (...). Pese a estas limitaciones, su eficacia informadora de todo el proceso interpretativo, y su misma versatilidad, les confiere una fuerza jurídica realmente extraordinaria, como cualquier jurista práctico sabe» (p. 453 s.).

(162) Desde esta perspectiva, incluso independiente de su incorporación a un texto normativo concreto. A ello apuntaba, por ejemplo, el voto particular ya citado a la STC. 4/81 (de RUBIO LORENTE), al afirmar que «el principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento»; mas, como evidencia la historia, tal principio no era conocido —al menos con la amplitud y el sentido que hoy tiene—, ni mucho menos aplicado, hasta que, con la codificación, viene a afirmarse la idea de monopolio legislativo en la creación del Derecho (*cfr.*, así,

exigencias primarias— *preceden* a la Constitución misma (163). Pero, a la vez, son aquéllos expresión normativa concreta de principios constitucionales, a los que dotan de la completa estructura lógica de las normas escritas; sentido éste en el que tales preceptos *complementan* a la misma Constitución en la labor que a ésta corresponde de incorporar al ordenamiento ciertas reglas primarias del orden jurídico: constituyen de hecho, por así decir, una suerte de *interpretación auténtica* de los indicados principios constitucionales, contribuyendo decisivamente a fijar su contenido.

Desde estas premisas, me parece que incluso la afirmación —sin duda, rigurosamente exacta— de que los preceptos del título preliminar del Código civil son «un conjunto de disposiciones legislativas, que están, por eso mismo, subordinadas a la Constitución y que no vinculan al Poder Legislativo» (164), requiere de alguna matización. Ciertamente, de todas aquellas normas puede el legislador, en cualquier momento, cambiar su forma, pero de algunas de ellas es dudoso que pueda modificar con la misma libertad su *sustancia* o contenido preceptivo, precisamente porque las mismas incorporan al ordenamiento, con la precisa estructura lógica de las normas jurídicas, reglas referibles al texto constitucional, aunque, con frecuencia, no expresamente formuladas en él. Así, ¿acaso sería imaginable que el legislador

Luis M.^a DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes, cit.*, p. 38 ss.; también, GIULIANI, «Disposizioni sulla legge in generale: artt. 1-55», en el *Trattato di Diritto privato* de RESCIGNO, I, Torino 1984, p. 190 ss.): luego el principio tal vez sea «lógico»; pero, ello, sólo en el seno de un modelo de ordenamiento que no inventa la Constitución española de 1978.

(163) La existencia de unos principios y valores que preceden a la Constitución y en los que ésta asienta su legitimidad ha sido puesta de manifiesto con frecuencia por la doctrina. Como afirma GORDILLO CAÑAS (*Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid 1990, pp. 77 s.), «la Constitución es fuente *primaria* del Derecho (...). Pero, al mismo tiempo, la Constitución aparece en su configuración actual como una Ley o norma subordinada; esto es, en conformidad con el significado etimológico de la expresión, como una norma sometida a un orden previo y superior que, como tal, la Constitución no crea, sino que encuentra vigente en la conciencia social; que ella acoge y, al acogerlo, asienta en él su eficacia, y que, finalmente, en cuanto fundamentador de la convivencia —y de la Constitución, por ende— vendrá a integrarse en el contenido más necesario y “rígido” (art. 168) de la misma». Forman parte, según este autor, de tal *orden previo y superior*, «los valores invocados en el preámbulo y propugnados en el art. 1; la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad, fundamento reconocido del orden político y de la paz social, art. 10; y los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 15 a 29»; pero también a mi modo de ver, los principios básicos del orden jurídico enunciados en el art. 9.3 CE, y formulados como tales en el título preliminar del Código civil. Los concretos preceptos de éste, en cuanto expresión de esos principios básicos, forman así parte del indicado *orden previo y superior*; en cambio, en cuanto concretas normas jurídicas positivas, forman parte, con el resto del ordenamiento jurídico (cfr. art. 9.1 CE.), de un *orden consecuente e inferior*.

(164) DÍEZ-PICAZO, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 5.

ordinario dispensara a los Jueces y Tribunales del deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan? ¿Sería constitucionalmente admisible que dicho legislador permitiera a tales Jueces y Tribunales resolver a su puro arbitrio, sin atenerse al sistema de fuentes establecido? ¿Podría aquél desvincular la eficacia de la ley, su obligatoriedad, de su publicación? ¿Podría acaso, sin vulnerar la Constitución, permitir la derogación de las leyes por actos o disposiciones no procedentes del mismo Poder Legislativo? ¿Podría afirmar la validez de las normas contradictorias de otras de rango superior? Ante la notoria involución jurídica que supondría responder afirmativamente, el jurista profeso de la Constitución-norma encontraría sin pestañear las que le parecerían evidentes respuestas negativas en la simple afirmación de que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas..., la seguridad jurídica...» (art. 9.3 CE.); o, en algún caso, combinando el escueto enunciado constitucional de estos principios con algún otro precepto de la ley fundamental, como el art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) o el 91 (sanción, promulgación y orden de publicación de las leyes por el Rey). Sin embargo, el jurista más crítico reconocería tan sólo en los desnudos conceptos del art. 9.3 de la Constitución («principio de legalidad», «jerarquía normativa», «publicidad de las normas», «seguridad jurídica»...; que nada dirían al *jurista persa*) una remisión: a una cierta tradición o cultura jurídica cuya expresión propiamente normativa —con exacta determinación de los supuestos de hecho y de las correspondientes consecuencias de Derecho— encuentra acomodo, hoy como ayer, en el título preliminar del Código civil (arts. 1.7, 2.1, 2.2, 1.2 ...). Como, tras recordar alguno de los preceptos preliminares del *Code* de 1804, escribe B. CLAVERO, «son cosas tan repetidas desde entonces que han podido llegar a considerarse como una evidencia inocente entre juristas de *esta* cultura que ahora, con el Código, se genera» (165); tan repetidas —cabría añadir—, que hasta la propia Constitución española de 1978 participa de esa convicción: lo que no debe impedir reconocer el origen de tales principios e, incluso, su concreta ubicación actual, en forma de concretas proposiciones normativas, dentro del ordenamiento positivo.

18. Epílogo: una (obvia) reivindicación de la ley. El ejemplo de la regulación de las fuentes del Derecho.

Las conclusiones alcanzadas hasta ahora creo que sirven para poner de manifiesto algo que resulta obvio en el sistema que instaura la Constitución de 1978, pero que, sin embargo, parece olvidarse con

cierta frecuencia: todo cuanto la Constitución no regula, ni reserva para sí, pertenece al dominio —posible— de la ley (166). De este modo, por muy trascendental o *fundamental* que sea o pueda considerarse, en sí misma, una *materia* o posible objeto de regulación, si la misma no aparece regulada en la Constitución, puede serlo por la ley.

Esto último es lo que sucede con no pocas de las cuestiones que contempla el título preliminar del Código civil: que son, en sí mismas, importantes, y hasta *fundamentales* para el conjunto del ordenamiento jurídico (167); pero que no están —y, por tanto, porque constitucional es lo que plugo al constituyente y nada más que eso, no tienen por qué estar— en la Constitución. Como dijera PORTALIS al presentar por vez primera ante el Cuerpo legislativo el proyecto de ley relativo a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general, una vez establecida aquélla, el poder constituyente desaparece, de modo que, a quienes defienden la naturaleza constitucional de la regulación contenida en el proyecto de título preliminar del Código civil, habría que advertirles de la necedad que supone querer ser más constitucionales que la Constitución misma (168).

(166) Sin embargo, sobre la llamada *primariedad de la ley* (y sobre los problemas que presenta tratar de alcanzar un concepto unitario de ley con los datos que aporta nuestro sistema constitucional), *cfr.* el magnífico trabajo de Luis M.^o Díez-PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (1988), pp. 47 ss. (en especial, 71 ss.).

(167) Lo que tal vez autorice a decir, como hace la sentencia —penal— de 5 de abril de 1989, siguiendo a la «doctrina iuspublicista», que el título preliminar del Código civil tiene la condición de «prólogo a nuestro ordenamiento jurídico», atribuyéndole la «regulación esencial y básica de nuestro ordenamiento jurídico». Y que, desde luego, autoriza para afirmar que es de «observancia general» (sentencia de 6 de febrero de 1989 —penal—) o de «aplicación general» (sentencia de 19 de enero de 1990 —penal—), o que tiene «vocación general» (sentencia de 7 de abril de 1987 —penal—). A esto último se refiere, explícitamente, la STC. 37/87 (fj. 8.^o), según la cual «el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 del Código civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo». Que ese carácter común del título preliminar es sin perjuicio de las especialidades de cada sector del ordenamiento lo reconoce el propio Tribunal Constitucional, a propósito de un precepto concreto, por ejemplo, en su Auto de 11 de enero de 1993, donde se afirma que «el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, aconseja la mayor estabilidad de los criterios jurisprudenciales, así como el seguimiento de la doctrina legal del Tribunal Supremo a la cual dota de valor normativo complementario el Código civil (art. 1.^o, párrafo 8), aun cuando en el ámbito penal rija el principio de legalidad más riguroso».

(168) *Cfr.* PORTALIS, «Discours relatif a la publication, aux effets et a l'application des lois en général, prononcé le 23 frimaire an X», en el vol. *Discours...*, *cit.*, p. 113 ss.

Significativo y trascendental ejemplo de ello es —me parece— el de la determinación de las fuentes del Derecho. Ya he dicho que, en la concepción normativista de KELSEN, la Constitución no es sino un conjunto de normas que regulan la creación de otras (169), de donde se ha deducido el carácter materialmente constitucional de las reglas sobre fuentes (170). Sin embargo, contradiciendo este planteamiento, es palmario que la Constitución española vigente nada dice de otras fuentes que no sean las pertenecientes al Derecho escrito. Parece obligado, por ello, replantearse la cuestión.

La Constitución es, desde luego, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Es, como explica GORDILLO, «la fuente primaria del Derecho en razón de su superioridad formal y en su consideración de Ley reguladora de los órganos de producción de normas jurídicas (...). Es, en efecto, la norma más inmediatamente nacida del sujeto más genuinamente legiferante. Es la más directa y cabal expresión de la soberanía popular. En su condición de tal, dibuja la estructura básica de la organización de la convivencia social. Con razón la Constitución es la Ley de Leyes» (171).

En principio, pues, a la Constitución, en la medida en que es fuente de las fuentes, corresponde la determinación de las demás fuentes del Derecho. Mas, como ya he tenido ocasión de apuntar, el concepto de Constitución responde a una tradición jurídica muy precisa en la que el Derecho es sólo y exclusivamente *Derecho legislado* o, si se quiere, *Derecho decidido* (172). En esa tradición, inicialmente, la ley es —por hipótesis— la única fuente: primero —y como consecuencia del entendimiento más radical del dogma de separación de poderes— entendida sólo como ley en sentido formal, producto del poder legislativo; y, luego —una vez superado el ligor inicial de aquél—, abarcando también

(169) Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 232.

(170) Cfr. por todos, Luis M.^a Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., p. 57.

(171) GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid 1990, p. 76 s. Para las mismas conclusiones, cfr., además, PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid 1984, pp. 2s ss.; y DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 24 ss.

(172) Lo explica brillantemente DE OTTO (de quien tomo la expresión), *op. cit.*, pp. 19 ss. «En un ordenamiento no positivizado, tradicional —concluye este autor (*op. cit.*, p. 22)—, el problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico no se plantea como una cuestión propiamente jurídica, pues el Derecho no vale porque es decidido, sino porque es antiguo y bueno. Por el contrario, en el Derecho positivizado, y en la conciencia jurídica moderna, el problema forzosamente ha de pasar a un primer plano: si el Derecho no sólo es decidido, sino que vale precisamente porque es decidido, es necesario preguntarse ahora sobre qué reposa ese poder de decidir, ese poder de crear Derecho, y la respuesta no puede hallarse más que en el propio ordenamiento, en su norma superior» (la Constitución).

al reglamento (173) (que sería una «ley en sentido material»). La necesidad de prever otras fuentes distintas (costumbre, principios generales del Derecho) surge más tarde, una vez constatada la insuficiencia de la ley para resolver todos los casos necesitados de una solución jurídica (174); y, entonces, con carácter subordinado respecto de la ley. Esta subordinación no resulta sólo del hecho de que la misma norma legal que atribuye a la costumbre y a los principios generales la condición de fuentes del Derecho, las considere supletorias de la ley concibiendo a ésta como fuente primaria o de primer grado, sino, mucho más radicalmente, del dato de que toda la fuerza de obligar de aquéllas deriva de la misma ley que, al considerarlas fuentes, se la reconoce (por tanto, en los términos y con los límites y requisitos que la ley señale) (175). En último término, pues, pese a la previsión por la ley de fuentes extralegales, el principio sigue siendo el del monopolio del Derecho decidido o legislado.

Bajo esta concepción, se entiende que la Constitución cumpla su función *como fuente de las fuentes*, ahora como antes, formulando el *principio del imperio de la ley*, esto es, del monopolio del Derecho decidido o legislado; y, luego, dentro de él, indicando los órganos con capacidad para decidirlo en cada caso y los límites a que está sujeta esa decisión (176). Con estos presupuestos, es, en realidad, lógico que, a partir de ahí, la propia Constitución se remita a la ley para que sea ésta la que determine las fuentes extralegales, por hipótesis subordinadas al Derecho decidido o legislado, pues ésta es la fórmula que mejor pone de manifiesto cómo tales fuentes alcanzan su fuerza de obligar de un modo derivado de la misma ley.

(173) La idea de que la Administración se limita a la pura ejecución de las leyes es sustituida por el reconocimiento de un poder reglamentario general de la Administración como consecuencia del llamado «principio monárquico», con lo que el reglamento acaba configurándose como una fuente autónoma e independiente de producción, no necesitada de habilitación parlamentaria. Sobre ello, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, cit., p. 184 ss.

(174) Puede verse una excelente síntesis del fenómeno, por todos, en SANCHO REBULLIDA, «Los principios generales del Derecho», en *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona 1978, p. 43 ss.

(175) «¿Puede la ley ordinaria —se pregunta GORDILLO— (*Comentarios...*, cit., p. 49), una de las fuentes del Derecho, definir por sí misma su propia autoridad y, al hacerlo, inevitablemente, determinar su primacía respecto de sus rivales, las demás fuentes del Derecho? La respuesta negativa de GENY —se contesta el autor— parece más que razonable» (la cita de GENY es a su *Método de interpretación y fuentes en Derecho positivo*, trad. esp., Madrid 1925, p. 222). Mas, en estricta perspectiva de Derecho positivo, se impone claramente —me parece— la respuesta afirmativa, porque la propia Constitución la establece.

(176) Como dice PÉREZ ROYO, (*Las fuentes...*, cit., p. 37), la Constitución «determina quién y de qué manera decidirá todo lo que no está decidido en la Constitución».

Pues bien: la Constitución española de 1978 responde nítidamente al esquema descrito.

El principio del imperio de la ley apalece ya formulado en su preámbulo, en el que la Nación española proclama su voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; y se corrobora después en muchos de sus preceptos: significadamente, en sus arts. 9.3 (a cuyo tenor la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica) y 117.1 (que declara que los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial están «sometidos únicamente al imperio de la ley»).

Esto sentado, se ocupa la Constitución de establecer los órganos que pueden crear el Derecho legislado o decidido, los casos en que pueden válidamente decidirlo y el procedimiento a seguir en cada uno. Es con ocasión de esta regulación como aparecen en la Constitución las diversas formas que puede adoptar dicho Derecho decidido (las leyes de las Cortes Generales, orgánicas y ordinarias; los decretos legislativos, los decretos-leyes y los reglamentos de la Administración; con la interposición básica (177) de un tipo específico de ley de las Cortes Generales de nítido valor constitucional (178) —los Estatutos de autonomía—, las leyes de las Comunidades autónomas y los decretos legislativos y reglamentos autonómicos; y, finalmente, los tratados internacionales); y también los principios que gobiernan las relaciones, entre sí, de las distintas manifestaciones de ese Derecho decidido (competencia y jerarquía, rango y reserva de ley).

Por último, la Constitución reserva al Estado —frente a las Comunidades autónomas—, como parte integrante de la «legislación civil» y «en todo caso», la competencia para la «determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho

(177) Porque, además de los Estatutos, otras leyes de las Cortes Generales pueden atribuir a las Comunidades autónomas la competencia que es presupuesto para que éstas puedan dictar válidamente normas jurídicas sobre una determinada materia (leyes marco del art. 150.1, leyes de delegación del art. 150.2 CE.); y otras normas estatales pueden intervenir en la delimitación de las competencias de dichas Comunidades (normas estatales «básicas», leyes de armonización del art. 150.3).

(178) Por todos, RUBIO LLORENTE («El bloque de la constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1989, p. 25): «En su parte más importante, el bloque de la constitucionalidad está formado por normas también formalmente constitucionales. Unas, recogidas en el Título VIII de la Constitución, son normas primarias; otras, las que forman el cuerpo central del bloque, esto es, las normas de delimitación competencial contenidas en los Estatutos de Autonomía, son normas constitucionales secundarias. La afirmación no escandalizará, espero, a nadie, pues muchas veces se ha dicho ya que los Estatutos tienen un rango superior al resto de las leyes, orgánicas u ordinarias, y esta superioridad de rango es la que califica normalmente a las normas constitucionales secundarias o leyes constitucionales» (si bien, «naturalmente, sometidas a las normas constitucionales primarias»: *op. et loc. cit.*, n. 49).

foral o especial» (art. 149.1.8.^a CE.). Aparte el contenido y relevancia de este precepto relativamente al indicado problema de la distribución competencial, lo cierto es que en el mismo se reconoce explícitamente que corresponde al *Derecho decidido por el Estado* (repito: frente a las Comunidades autónomas) la determinación de las fuentes del Derecho (179): lógicamente, de las *restantes* fuentes del Derecho, esto es, del *Derecho no decidido o no legislado*.

Me parece que todavía la doctrina —y no me refiero sólo a los civilistas— no ha reparado suficientemente en la relevancia que encierra el inciso comentado del art. 149.1.8.^a. El mismo supone, en efecto, no sólo la atribución al legislador de la facultad de crear otras fuentes del Derecho, sino incluso la de establecer la posición misma de la ley relativamente a las otras fuentes que ella misma puede crear. El principio

(179) Que pueden ser específicas para un sector del ordenamiento, y distintas de las establecidas en el título preliminar del Código civil: éste es sólo el «Derecho común» en esta materia (como en todas). Como explica DE OTTO (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit.*, p. 86), «tal sistema de fuentes no opera, sin embargo, más que en la medida en que la Constitución o la propia ley no lo excluyan para una materia en concreto o para un sector del ordenamiento, como ocurre por ejemplo en el Derecho penal, en el cual el principio de legalidad cierra la posibilidad de recurrir a la costumbre en defecto de ley aplicable». Diversamente, DÍEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, 1, *cit.*, p. 5) restringe el campo de aplicación del artículo 1.1 Cc. al Derecho privado, afirmando que «ni por costumbres, ni por principios generales del Derecho, pueden juzgarse materias atinentes al Derecho penal o al Derecho tributario, por poner sólo los dos más llamativos ejemplos», y que, «además, la costumbre no es fuente del Derecho en ninguno de los sectores del Derecho público interno»: pero, contrastando con tal aseveración, la costumbre es admitida como fuente supletoria por la práctica totalidad de los autores españoles de Derecho público (*cfr.*, por todas, las exposiciones de SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, *cit.*, p. 336 ss., y de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, *cit.*, p. 66 ss.), así como por la jurisprudencia que interpreta y aplica las normas de aquél (así, sentencias de 3 de marzo de 1958 y 15 de marzo de 1963); y —lo que es más importante— tal admisión se produce precisamente con expresa invocación de los arts. 1.1 y 1.3 Cc. como fundamento normativo (como dice SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 342, «que el art. 1.3 Cc. es de aplicación general y, por tanto, también en el Derecho administrativo, es un hecho al que no puede oponerse una razón sólida»; similarmente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 67; y, según la citada sentencia contencioso-administrativa de 15 de marzo de 1963, «no existiendo una ordenación positiva específica sobre las prácticas de los exámenes académicos, hay que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho, según el art. 6 Cc., en defecto de ley, extensivo al Derecho especial como es el administrativo...»), lo mismo que su rechazo, para quienes lo sostienen, no se apoya en negar la aplicación del Código, sino en que, en el ámbito del Derecho público, a los usos o prácticas existentes les falta, para ser verdadera costumbre, el elemento de la *opinio iuris* (*cfr.*, así, ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1, 8.^a ed., Madrid, 1983, pp. 253 ss., y BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 1, 4.^a ed., Madrid, 1983, p. 142 ss.) o en que, relativamente a una cuestión o materia concreta, los usos no merecerían, conforme al citado art. 1.3 Cc., la consideración de costumbre, por ser contrarios al orden público (así, para el Derecho tributario, SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 342 s.). Parecidas razones valen, por lo demás, para los principios generales del Derecho, que no son fuente cuando la Constitución o la ley los excluyen, como ocurre en el Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho tributario; pero sí en los demás casos.

constitucional del *imperio de la ley* queda entonces garantizado, en todo caso, por la dependencia que toda fuente de Derecho no decidido o no legislado necesariamente tiene respecto de la ley que la cree y determine su valor y fuerza de obligar; pero, a partir de ahí, y respetando las reglas constitucionales que gobiernan las relaciones de las diversas formas del Derecho decidido o legislado entre sí —lo que comporta la subordinación de la ley a las normas constitucionales, primarias y secundarias, y la subordinación a la ley de las normas escritas infralegales en los términos previstos en la Constitución—, es perfectamente posible que la ley se atribuya a sí misma cualquier posición relativamente a las fuentes que ella establezca. Como señala atinadamente DE OTTO, «la ley no puede prescribir válidamente nada respecto de su propia posición en el ordenamiento jurídico en relación con aquellas otras fuentes cuya existencia y posición viene prescrita por la propia Constitución. Sí puede disponer, en cambio, respecto de la posición que ocupa en relación con las fuentes que la propia ley crea, porque su existencia y posición dependen enteramente de ella. Por último, la ley no puede vincular la futura labor legislativa, porque el legislador no tiene más límites que los que le imponga la Constitución y puede modificar libremente las leyes que él mismo haya dictado» (180).

Es, pues, evidente que las normas legales (en todo caso de procedencia estatal, salvo relativamente a los Derechos civiles forales: art. 149.1.8.ª CE.; entre las cuales el art. 1.1 Cc. ocupa, hoy por hoy, un lugar destacado) están llamadas por la propia Constitución a contribuir con ella en la fijación del sistema de fuentes. Su función, sin duda, es trascendental para el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que pueden alterar la posición misma en el sistema de ciertas manifestaciones del Derecho decidido o legislado previstas en la propia Constitución; mas no por ello pueden ser calificadas aquéllas como normas *materialmente* constitucionales.

En este caso, la Constitución misma —me parece— obliga a prescindir de KELSEN.

(180) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, cit., p. 85. Por esas mismas razones, me parece claro que —frente a lo que el autor citado afirma— la expresión «ley» en el art. 1.1 Cc. no ha de entenderse referida, también, a la Constitución: la posición de ésta en el sistema de fuentes no puede ser otra que la que ella misma se atribuye; en otro caso, habría que concluir que el legislador ordinario puede modificar esa posición, lo que no es admisible.

Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el art. 9 LCC

RAFAEL VERDERA SERVER
Departamento de Derecho Civil
Universitat de València

SUMARIO: 1.— Planteamiento general. 2.— La posibilidad de modificar convencionalmente las reglas liquidatorias del art. 9 LCC. 3.— El fundamento de las reglas del art. 9 LCC. 4.— Ámbito de aplicación del art. 9 LCC: la vinculación entre los contratos de adquisición y de financiación. 5.— Presupuestos de aplicación del art. 9 LCC. 6.— Efectos del art. 9 LCC: restitución e indemnización en la liquidación del crédito al consumo. 6.1.— Las reglas restitutorias en el art. 9 LCC. 6.2.— Las reglas indemnizatorias en el art. 9 LCC. a) La indemnización por la tenencia de las cosas por el consumidor. b) La indemnización por la depreciación comercial del objeto. c) La indemnización por el deterioro de la cosa. 7.— La relación del sistema del art. 9 LCC con las reglas generales contractuales.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La importancia de las relaciones derivadas del crédito al consumo es destacada por cualquier autor que aborda su estudio (1). El recurso

(1) LA ROCCA (1980: 430) indica cómo, hasta épocas recientes, el propio sistema financiero relacionaba el crédito al consumo con instituciones y formas precapitalistas y con la satisfacción de exigencias no esenciales al desarrollo del sistema productivo. Sin embargo, en la actualidad, el crédito al consumo ha experimentado un auténtico «salto cualitativo» (*vid.* también ALPA y BESSONE, 1975: 1359): ha pasado de ser solución extrema ante situaciones de grave necesidad a ser una simple alternativa respecto al ahorro para la adquisición de ciertos bienes o la promoción de ciertas ventas (LA ROCCA, 1980: 443-444).

al crédito para la adquisición de toda clase de bienes y servicios alcanza progresivamente mayores sectores y mayores cuotas en la que se denomina civilización del consumo (2). Mas no debe pensarse que se trata de una cuestión de transcendencia puramente jurídica; muy al contrario, el crédito al consumo desempeña importantes funciones en el plano económico y ello puede llegar a condicionar su plasmación normativa (3).

La defensa del consumidor se ha extendido también al ámbito del crédito. La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (en adelante, LCC), constituye una directa manifestación de ese fenómeno, que en nuestro ordenamiento había sido en parte anticipado, desde un punto de vista fundamentalmente administrativo, por diversas disposiciones en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito (). La Ley de Crédito al Consumo se dicta para proceder a la incorporación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (4). No puede olvidarse que la Ley 50/1965, de 17 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM), representó en su momento un intento de ofrecer unas pautas normativas en una de las más primitivas formas de crédito al consumo (5), pero sus objetivos no coinciden plenamente con los auspiciados por el ordenamiento comunitario: la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles regula la venta de bienes muebles «con facilidades de pago» desde esa óptica de adquisición, pero la intención de esta Ley no es tanto proteger al consumidor sino más bien

(2) Como ha advertido AMORÓS DORDA (1987: 130-131), «[e]l mercado provoca cotidianamente una floración incontenible de nuevas ofertas de crédito para el consumidor...».

(3) LA ROCCA (1980: 456) afirma que «[i]l credito al consumo non è strumento neutrale rispetto allo sviluppo economico, ma è stato e può essere utilizzato per orientare non solo il *tipo* di consumo, ma anche la *dimensione* stessa del consumo privato». Ello supone, a juicio de FERRANDO (1991: 596), que ciertos intereses públicos lleven a decisiones de política jurídica no siempre o no sólo inspiradas en la tutela del consumidor. Por ello, ROJO AJURIA (1993: 317) considera una equivocación «analizar el crédito al consumo desde una perspectiva meramente privatista». En nuestro país, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 152) pudo señalar que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles «no es exclusiva ni principalmente una consecuencia del desarrollo económico e industrial; sino también, y primordialmente, un instrumento de ese mismo desarrollo».

(4) Modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, pero sin afectar al principal punto de nuestra atención: su art. 7.

(5) Para LA ROCCA (1980: 446), la venta a plazos constituye una hipótesis en cierto modo limitada desde el punto de vista histórico (no es ni la primera ni la última forma de crédito al consumo) y cuantitativo (no agota todos los instrumentos, aunque en ciertas épocas ha constituido la forma dominante). Aunque debe reconocerse que la venta a plazos de los bienes (duraderos) de consumo ha supuesto un momento de *svolta*, en ciertos aspectos, irreversible en el sector de financiación del consumo.

() Acerca de esta cuestión, *vid.* GARCÍA SOLÉ, 1996: 1-2; y MUÑOZ CERVERA, 1995: 201-203.

al adquirente en general, exceptuándose al revendedor (6). La Ley de Crédito al Consumo (7) enfoca estos problemas desde una perspectiva diferente (8), la del mecanismo de financiación (art. 1.1 LCC), aunque no deja de analizar la transcendencia de ese instrumento en la adquisición por el consumidor de una serie de bienes (9).

(6) PASQUAU LIAÑO, 1990: 17. En particular, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles «no se aplica a todas las operaciones de crédito al consumo»: a) «porque la propia Ley excluye su aplicación, objetivamente, a las operaciones de financiación de bienes de consumo “consumibles”, de los inmuebles, y de los servicios, por lo que ya se produce un importante “descubierto” en el que el consumidor no goza de protección especial alguna...»; b) «ya dentro de su ámbito objetivo de aplicación, todos los autores coinciden en señalar la *inaplicación de hecho* de esta Ley en relación a la mayor parte de las operaciones que pretendía regular» (PASQUAU LIAÑO, 1990: 19-20). Ante la Directiva 87/102, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 188) señalaba la necesidad de modificar la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, reduciendo su ámbito de aplicación a la financiación de la producción; y, paralelamente, promulgar una Ley especial de Crédito al Consumo, en la que se plasmaran los criterios mínimos de la Directiva.

(7) Acerca del ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo, *vid.* PETIT LAVALL, 1996: 65-81; y SÁNCHEZ HERRERO, 1996: 708-709.

(8) Obsérvese, por ejemplo, como subraya SERRA MALLOL (1995: 6340), que los criterios del art. 2.1.a) LCC para la exclusión de ciertos contratos en función de su cuantía parten del importe del crédito y no del precio de los bienes o servicios; en cambio, en el art. 9.1.b) LCC se habla de «precio de venta», lo cual demuestra el distinto enfoque de ambos preceptos. En relación a las Directivas comunitarias, ALFARO ÁGUILA-REAL (1995: 1975) señala que el límite inferior se explica para «no imponer cargas de información en casos donde el perjuicio para el consumidor puede considerarse irrelevante», y que el límite superior se justifica «porque cuando la cuantía del crédito es muy grande, parece lógico que pueda exigirse al consumidor que se informe por sí solo adecuadamente». Para AMORÓS DORDA (1987: 133), en relación al límite inferior, es innecesaria una protección especial cuando el consumidor no se ve seriamente comprometido y conviene no introducir rigideces o formalismos excesivos en estos créditos (*vid.* también CASADO CERVIÑO, 1983: 487-488); y en cuanto al superior, se excluyen porque se presupone automáticamente (y sin base teórica real) que no son propiamente créditos al consumo, por lo que se trata de una postura excesivamente conformista y hasta cómoda. En fin, RIVERO ALEMÁN (1995: 144 y 177) considera «escaso e inadecuado» ese límite máximo y sugiere el mantenimiento del criterio de la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, que lo cifraba en diez millones de pesetas.

Indica el propio art. 2.1.a) LCC que «se entenderá como única la cuantía de un mismo crédito, aunque aparezca distribuida en contratos diferentes, celebrados entre las mismas partes y para la adquisición de un mismo bien o servicio aun cuando los créditos hayan sido concedidos por diferentes miembros de una agrupación, tenga ésta o no personalidad jurídica». La previsión legal es razonable en la medida que evita que la fragmentación formal o subjetiva de un contrato único pueda alterar su régimen. Lo que habría que plantearse es en qué medida este resultado no se produce a costa del consumidor. En efecto, la acumulación de los diversos contratos supondrá con mayor facilidad la obtención de una cuantía superior a los tres millones de pesetas que el Legislador toma como referencia a la hora de aplicar o no importantes preceptos de esta Ley. Si la Ley pretende proteger al consumidor, no se entiende por qué no se trata de extender su ámbito de aplicación.

(9) La relación entre la Ley de Crédito al Consumo y la de Venta a Plazos de Bienes Muebles es abordada por la disp. final 2.ª LCC que, cambiando el sentido del Proyecto de Ley, determina que los contratos de venta a plazos subsumibles en el

Desde una perspectiva europea, la evolución de las técnicas de crédito al consumo ha pasado, al menos, por cuatro fases (10). En la segunda mitad del siglo XIX, el crédito al consumo se instrumenta como una simple venta a plazos de bienes duraderos de consumo, garantizada con la reserva de propiedad del bien vendido. A partir del primer cuarto de este siglo se intercala en esa relación la figura del tercero financiador: inicialmente se trata de una sociedad especializada creada por el vendedor, más adelante esa función es asumida por entidades financieras autónomas y, más recientemente, por el propio sistema bancario y por las sociedades que éste constituye *ad hoc*. Tras la Segunda Guerra Mundial se recurre a la técnica de los créditos personales estandarizados, reintegrables a plazos, que progresivamente se alejan del modelo inicial de préstamo con predeterminación de su destino (financiación de una adquisición) y, por tanto, se desvinculan del contrato que eventual e indirectamente contribuyen a financiar. Por último, el crédito al consumo acude a otras formas de préstamos o a figuras como el descubierto en cuenta corriente, las tarjetas de crédito (11) (bancarias o no) e incluso el *leasing* de consumo. Obsérvese que la evolución de las técnicas afecta también a los financiadores y a los bienes financiados (12).

ámbito de la Ley de Crédito al Consumo se rigen por la Ley de 1995 y, supletoriamente, por la de 1965 (sobre esta compleja cuestión, *vid.* GARCÍA SOLÉ, 1996: 3-4; y, especialmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1996: 803-808).

Además la disp. final 3.^a LCC impone al Gobierno, en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, la presentación de un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, obligación que éste ya ha incumplido.

Con carácter general, y a diferencia de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley no excluye de su ámbito los contratos de crédito que se concretan en la adquisición de un bien inmueble. En cualquier caso, podrá excluirse por dos razones fundamentales: el límite cuantitativo máximo (tres millones de pesetas) y la finalidad satisfactiva de necesidades personales [cfr. arts. 1.1 y 2; y 2.1.a) LCC]. Según el art. 2.2 LCC, los arts. 6 a 14 y 19 no se aplican a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, y, conforme al art. 2.1.a) LCC, a los créditos superiores a los tres millones de pesetas sólo se les aplica el Capítulo III de la Ley. El planteamiento de la Ley española contrasta también con la posición de la Directiva comunitaria, ya que el art. 2.1.a) de la Directiva 87/102 CEE excluye de su ámbito de aplicación «los contratos de crédito o de promesa de crédito: —destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto; —destinados a la renovación o mejora de inmuebles», aunque ciertamente la propia Directiva permite, en su art. 15, la adopción de medidas más severas para la protección del consumidor.

(10) Seguimos aquí el esquema de UBERTAZZI, 1988: 321-322. Interesantes apuntes también en FERRANDO, 1991: 601 ss.; ROJO AJURIA, 1993: 315-317; y GORGONI, 1994: 7-8. Una magnífica síntesis del origen y desarrollo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles puede encontrarse ahora en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1996: 795-803.

(11) Un análisis de la relación entre tarjetas de crédito y crédito al consumo en GÓMEZ DE MENDOZA, 1993.

(12) En un primer momento, se financia sobre todo la adquisición de bienes duraderos de consumo, relativos a actividades productivas de pequeños empresarios o trabajadores autónomos; pero, en la actualidad, se refiere a la adquisición de cualquier producto o servicio por parte de consumidores finales: *vid.* UBERTAZZI, 1988: 322-323.

No es, sin embargo, propósito de estas páginas un análisis global de la problemática relativa al crédito al consumo. Su finalidad resulta mucho más modesta en cuanto sólo persigue poner de manifiesto algunas particularidades que presenta la liquidación de las relaciones contractuales cuando se recurre al crédito al consumo. Por ello, su objeto coincide en buena medida con el art. 9 LCC, del cual habrá que analizar su fundamento, su ámbito de aplicación, sus presupuestos y sus efectos; además parece oportuno valorar previamente el alcance de esa norma en relación a la autonomía privada y tomar en consideración las conexiones de ese sistema con otros mecanismos de protección de los intereses contractuales, como es el art. 1124 CC. En todo este análisis, no sólo se ha aludir a los criterios contenidos en las Directivas comunitarias, sino que, dada la extraordinaria similitud que presentan en su contenido, es imprescindible tener en cuenta el precedente que supone el art. 11 LVPBM. En efecto, ante ciertos casos de irregularidad contractual, tanto esa norma como el art. 9 LCC ofrecen determinadas soluciones restitutorias y resarcitorias para la liquidación de esa reglamentación convencional (13).

Para facilitar la comprensión de lo que a continuación se desarrollará, acaso convenga transcribir literal y completamente ese precepto:

«Art. 9 LCC. Liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición.

En caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados, cuando el prestamista recupere el bien como consecuencia de la nulidad o la resolución de los contratos de adquisición o financiación de dichos bienes, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. En todo caso, el empresario o el prestamista a quien no sea imputable la nulidad del contrato tendrá derecho a deducir:

a) El 10 por 100 del importe de los plazos pagados en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.

(13) La proximidad entre ambas normas, aunque no suponga una plena identidad, reduce los problemas derivados de la aplicación de uno u otro texto normativo. En otras palabras, la similitud de soluciones comprime los riesgos en la selección de la normativa aplicable.

Esa coincidencia entre el art. 9 LCC y el art. 11 LVPBM permite centrar en esos preceptos nuestra atención y reduce la importancia de un examen de los diversos textos que regulan el crédito al consumo en el Derecho comparado: en especial, el estadounidense *Uniform Consumer Credit Code* de 1968 (modificado en 1980); la inglesa *Consumer Credit Act* de 1974; la Ley francesa n.º 78-22, de 10 de enero de 1978, relativa a la información y protección de los consumidores en el ámbito de ciertas operaciones de crédito (y la Ley n.º 89-1010, de 31 de junio de 1989, relativa a la prevención y al arreglo de las dificultades ligadas al sobre endeudamiento de los particulares y de las familias); la Ley alemana de 17 de diciembre de 1990 (*Verbraucherreditgesetz*); la Ley italiana de 19 de febrero de 1992, n.º 142; etc.

b) Una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto. Cuando esta cantidad sea superior a la quinta parte del precio de venta, la deducción se reducirá a esta última.

Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda».

2. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR CONVENCIONALMENTE LAS REGLAS LIQUIDATORIAS DEL ART. 9 LCC.

Como regla general, el art. 3 LCC reputa inválidos «los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto» en la Ley; la consecuencia legal en tal caso es considerar «no puestos» esos pactos. Ahora bien, el propio art. 3 LCC consagra una importante excepción cuando esos «pactos, cláusulas y condiciones» «sean más beneficiosos» para el consumidor (14).

No siempre resultará fácil la valoración de ese mayor beneficio para el consumidor (15). Conviene destacar que, frecuentemente, la alteración de las reglas legales no afecta aisladamente a un solo aspecto de la relación contractual, sino que incide en diversos ámbitos. Se produce así una reasignación global de los riesgos del contrato, por lo que las diferentes previsiones contractuales se hallan íntimamente relacionadas y una escisión de las mismas repercute en el equilibrio contractualmente alcanzado (16).

(14) «Sólo se protege a los consumidores porque éstos son —en contraposición al empresario— contratantes de “tiempo libre” por lo que el coste de proporcionarse información acerca de las distintas ofertas existentes en el mercado es muy superior a la del empresario que posee una mayor formación financiera y un mayor interés en procurarse dicha información porque la cuantía de la operación suele ser mayor, y en general, porque puede suponerse una mayor información acerca de la situación del mercado en este aspecto» (ALFARO ÁGUILA-REAL, 1995: 1796; *vid.* también CASADO CERVIÑO, 1983: 493-494). Ahora bien, «[d]eterminar cuándo el cliente es un consumidor puede plantear problemas de prueba»: especialmente en los «negocios mixtos», «en los que el usuario utiliza el crédito en parte para fines particulares y en parte para fines profesionales se sugiere como criterio delimitador el destino *principal* del dinero» (ALFARO ÁGUILA-REAL, 1995: 1796). En este sentido, FERRANDO (1991: 592) alude gráficamente a «destinazione (...) promiscua».

(15) Una valoración abstracta y general de ese beneficio/perjuicio no siempre resulta oportuna o, al menos, sencilla. ¿Hasta qué punto se puede suplantar el juicio de racionalidad o de interés del consumidor? Conviene observar que, dada la necesidad de que el crédito se conceda «para satisfacer necesidades personales [del consumidor] al margen de su actividad empresarial o profesional» (art. 1.1 LCC; *vid.* también art. 1.2 LCC), la decisión del consumidor atañe a un ámbito donde no siempre imperan criterios objetivos. Acaso la valoración pueda reconducirse a la comparación con las condiciones obtenidas (u obtenibles) por otros consumidores en relación a esas mismas relaciones contractuales y en circunstancias parecidas.

(16) *Cfr.* art. 10.4.II LGDCU.

La incidencia de este art. 3 LCC en orden a las previsiones del art. 9 LCC dependerá lógicamente del contenido de las estipulaciones contractuales que alteren ese régimen liquidatorio. Serán válidas las cláusulas que establezcan unos criterios más favorables al consumidor, por ejemplo, eliminando o reduciendo las cantidades que el empresario tiene derecho a deducir. En cambio, cuando esas cláusulas supongan un endurecimiento de la posición del consumidor, deben tenerse por no puestas. Esto no significa, a mi juicio, un vacío normativo que deba resolverse conforme a las reglas generales contractuales, sino que supone, simplemente, la aplicación de los criterios establecidos en el art. 9 LCC (17). En consecuencia, las reglas liquidatorias previstas en el art. 9 LCC cumplen la función de establecer un límite, esto es, cuál es la solución más perjudicial para el consumidor admitida por el ordenamiento: cualquier otra solución más beneficiosa para el consumidor, pactada convencionalmente, es válida.

La apreciación del carácter más beneficioso para el consumidor resulta inmediata en relación a las cantidades deducibles por la tenencia de las cosas por el consumidor y por la depreciación comercial de ese objeto. El dato cuantitativo fijado legalmente permite fácilmente determinar cuándo un pacto es más beneficioso para el consumidor (por ejemplo, la indemnización por tenencia de la cosa se limita al cinco por ciento de los plazos pagados). Perfiles mucho más complejos presenta la cuestión en orden a la última regla prevista por el art. 9 LCC. El Legislador no establece ningún parámetro cuantitativo respecto a la indemnización por el deterioro de la cosa vendida, ya que simplemente remite a la que en derecho proceda. La carencia de límites cuantitativos determina que la agravación de la posición del consumidor se plantee fundamentalmente en términos cualitativos, estableciendo presunciones de deterioro por el tiempo transcurrido y cuantificándolas, alterando las reglas probatorias, etc. (18). La cuestión del eventual agravamiento de la posición del consumidor dependerá del alcance que se dé a esa referencia a «la indemnización que en derecho proceda», ya que puede entenderse como la necesidad de que el resarcimiento por el deterioro se establezca judicialmente o, por el contrario, como una admisión de las cláusulas convencionales sobre la materia (19).

(17) Si los criterios del art. 9 LCC se han tratado de modificar en un sentido perjudicial para el consumidor, la consecuencia es la irrelevancia de esa previsión, pero resulta excesivo entender que entonces la situación debe equipararse a la eliminación convencional de esos criterios (que, por otra parte, sí permite la Ley).

(18) El problema en este punto se asemeja al que se plantea en relación a las cláusulas penales exorbitantes: sólo es posible una apreciación *ex post* de su carácter, es decir, cuando judicialmente se ha decidido la cuantía de los daños y perjuicios.

(19) En el primer caso, cualquier estipulación resarcitoria deberá tenerse por no puesta, al agravar la posición del consumidor que podría ser exonerado por el Juez. En el segundo, no hay inconveniente en admitir ese pacto, aunque, dada la carencia legal de criterios cuantitativos en relación al deterioro, resulte absolutamente contradictorio con la pretensión de la norma de no lesionar los intereses del consumidor: ¿sería admisible una estipulación que cifrara el deterioro en el resto de cantidades abonadas por el consumidor? BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 212) coincidía también en negar la admisibilidad de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios.

3. EL FUNDAMENTO DE LAS REGLAS DEL ART. 9 LCC

En el decimoprimer párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley de Crédito al Consumo se indica, en relación a la «extinción del contrato» (parámetro de ya difícil concreción), que la Ley establece normas «que impiden el enriquecimiento injusto y que permitan al consumidor el reembolso anticipado del crédito. Y se sanciona el cobro de lo indebido en los créditos al consumo». El reembolso anticipado es analizado en el art. 10 LCC y el cobro de lo indebido en el art. 13 LCC. Aunque podría pensarse que la sanción del enriquecimiento injusto, constituye una directriz de todas las normas que abordan cuestiones relativas a la «extinción del contrato», el art. 7 de la Directiva 87/102 CEE (20) establecía que cuando el acreedor recuperara la posesión de los bienes, la liquidación entre las partes se efectuará «de tal forma que la recuperación de dichos bienes no ocasione un enriquecimiento injusto» (21). Con ello, no pueden albergarse dudas acerca de que el criterio rector que inspira la solución del art. 9 LCC es precisamente la prohibición del enriquecimiento injusto (22). Esta conclusión obliga a

(20) El decimoséptimo Considerando de la Directiva anticipa prácticamente el contenido del art. 7 de la misma. La aplicación del art. 7 de la Directiva 87/102 CEE hubiera podido excluirse por el Estado español, conforme al art. 2.4 de la misma Directiva, cuando los contratos de crédito se hubiesen formalizado en documento auténtico autorizado por notario o juez. RIVERO ALEMÁN (1995: 178) juzga acertada la no previsión de esa excepción porque significaba atribuir a la intervención de un fedatario un «hipotético e irreal plus de protección».

(21) Para AMORÓS DORDA (1987: 141), se trata de una «garantía inconcreta», que tendrá especial trascendencia cuando el consumidor haya pagado «cantidades superiores a las representativas de la depreciación o pérdida de valor o deterioro de la cosa». TIDU (1987: 731) y FERRANDO (1991: 642-643) consideran que esa norma se refiere a la distribución de riesgos entre los contratantes. Y, en fin, CASADO CERVIÑO (1987: 439) la relaciona con los efectos de la reserva de propiedad en favor del antiguo titular del bien, criterio que, a mi juicio, no ha sido plasmado en la Ley de Crédito al Consumo.

ALPA (1994: 13) destaca que, en Italia, ese criterio no se ha concretado, lo cual tiene particular interés en relación al *leasing* que, regido por las reglas convencionales, no tutela especialmente al consumidor. Y apunta que acaso el Legislador haya pretendido ocuparse tan sólo de algunas cuestiones de la Directiva. Como explica TIDU (1992: 409), la actitud del Legislador italiano parece significar que comparte la tesis de quienes entendían que ese criterio prohibitivo del enriquecimiento injusto equivalía a la institución prevista en los arts. 2041-2042 CC italiano y que, por tanto, la disposición comunitaria no requería una concreta actuación por la preexistencia de un instituto general ya alegable. Acerca de las consecuencias del incumplimiento del consumidor y del proveedor, *vid.* GORGONI, 1994: 95 ss. y 141 ss.

(22) RIVERO ALEMÁN (1995: 171) considera que se pretende «evitar que se produzca un desequilibrio de prestaciones o enriquecimiento injusto merced a alguna cláusula penal que resulte abusiva». Más lejos llega PASQUAU LIANO (1990: 18), al entender que se excluye «la pérdida automática del precio pagado». Desde una perspectiva general, DIEZ-PICAZO (1994: 115-116) reconduce la restitución derivada de la nulidad contractual a la carencia de causa de la atribución: «[s]on, por ello, pagos de lo indebido y, en todo caso, enriquecimientos injustificados». En relación al art. 11 LVPBM, y su conexión con el art. 7 de la Directiva, ROJO AJURIA (1993: 325) planteaba que «no hay enriquecimiento injusto si el acreedor recibe una cantidad en concepto de daños y perjuicios».

plantearse cuál es el alcance que esa noción del enriquecimiento injusto puede tener en estas relaciones, y, más directamente, si puede suponer una alteración de las soluciones legales. La peculiaridad de la norma se encuentra en el plano resarcitorio, ya que la restitución recíproca de las prestaciones realizadas no supone en este caso novedad de trascendencia. Obsérvese que es hasta cierto punto curiosa la previsión de concretos *forfaits* indemnizatorios cuando lo que se quiere reprimir es precisamente una situación no determinable *a priori* (23). Si la cuantificación del daño no resulta sencilla una vez verificado, una previsión anticipada de su concreción parece aún más arriesgada. Acaso desde la óptica del no consumidor el sentido de esas reglas liquidatorias no esté tanto en las cuantías indemnizatorias prefijadas sino más bien en el régimen que se establece para esas partidas. Desde esta perspectiva, la clave del art. 9 LCC para el empresario no se encuentra sólo en las cantidades que se le atribuyen, sino en el mecanismo concretamente dispuesto, cual es la deducción de ciertas sumas. En cambio, enfocada la norma desde el punto de vista del consumidor, debe ponerse de relieve, como ya sucedía con el art. 11 LVPBM (24), la limitación a las cantidades deducibles por el empresario, porque ello supone la prohibición del pacto comisorio: no puede pactarse que el empresario se quede con todas las cantidades abonadas por el consumidor hasta el momento de la resolución del contrato; además, resulta también destacable la subordinación de la facultad de deducción a la no imputabilidad al empresario de la irregularidad contractual. De ello se extrae, si quisiéramos sintetizar el alcance del art. 9 LCC, que, en este plano indemnizatorio, el empresario recibe, en principio, una protección menos extensa, pero más intensa que la que se deriva del sistema general de responsabilidad (25).

(23) Al analizar el art. 11 LVPBM, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 76) resalta dos aspectos que habían supuesto una mejora en la posición del comprador frente a lo que anteriormente era práctica habitual: la exigencia de dos plazos impagados para permitir la resolución por el vendedor, en comparación con la admisión de esa facultad ante el simple incumplimiento de un plazo (*vid.* BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 114; y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 218) y la restricción en las cantidades que podían deducirse, frente al pacto comisorio. Con la Ley de Crédito al Consumo el primer dato no se prevé, pero sí se recoge el segundo, con lo que cabe plantearse la admisibilidad de la resolución del contrato por impago de uno solo de los plazos (para una solución distinta, *cf.* §§ 12 y 13 *VerbKrG*).

(24) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 222-223; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 92; y PASQUAU LIAÑO, 1990: 17-18. Antes de esa normativa, un particular alegato, sugiriendo la necesaria intervención legal para corregir los abusos de las «poderosas empresas» frente a los «obreros», en ANGULO, 1929: 121-124.

(25) Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 92), la Ley (de Venta a Plazos, pero también la de Crédito al Consumo) se sitúa «en un plausible término medio, pues tan injusto como el pacto comisorio que proscribía, sería privar de toda indemnización al vendedor, quien se encuentra con el contrato deshecho por una conducta imputable al comprador y con el objeto de la venta depreciado por el uso —e incluso deteriorado— (prescindiendo aquí de las posibles oportunidades de mejor venta de que se ha visto privado)». *Vid.* también BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 122. Pero conviene destacar que la Ley no se limita a admitir la posible indemnización del empresario, sino que la predetermina en alguno de sus factores y la somete a un régimen de favor.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 9 LCC: LA VINCULACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN Y DE FINANCIACIÓN

A pesar de autodenominarse Ley de Crédito al Consumo, el contenido de la Ley no es homogéneo: no sólo aborda los contratos de financiación, sino que se plantea cuestiones más propias de los contratos de adquisición que son el presupuesto natural de esos contratos de financiación. El art. 9 LCC constituye a estos efectos una norma de especial relevancia.

Debemos recordar que, en general, y con más o menos acierto, la Ley de Crédito al Consumo trata de proporcionar unos mecanismos de protección al consumidor mediante crédito. Y una de las fórmulas empleadas consiste precisamente en dotar de transcendencia a la vinculación entre la financiación y la adquisición (*cf.* art. 15 LCC). Sin embargo, esa posible relación entre contratos de adquisición y de financiación es utilizada en el art. 9 LCC para establecer una serie de consecuencias restitutorias e indemnizatorias que tiene como finalidad la prevención del enriquecimiento injusto. En consecuencia, hay que plantearse cuál es el concreto ámbito de aplicación del régimen liquidatorio del art. 9 LCC (26) y, más en particular, si la descripción de ese ámbito coincide con la categoría de contratos vinculados, prevista en el art. 15.1 LCC.

Téngase en cuenta que la relación del crédito al consumo respecto a la adquisición de bienes por los consumidores no siempre se estructura de igual manera. En la doctrina (27) se han distinguido tres supuestos básicos: a) separación causal entre el contrato de consumo y el de financiación: con independencia de su relación con el proveedor del bien, el consumidor obtiene, en virtud de un contrato con una entidad financiera, los fondos necesarios para el pago del precio; ambos contratos son independientes y *res inter alios acta* para quienes no participan; b) unidad causal entre el contrato de consumo y el de financiación: vendedor y financiador son la misma persona, por lo que ambos con-

(26) A mi juicio, todo el art. 9 LCC se halla delimitado en principio por un idéntico criterio seleccionador («[e]n caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados»), sin que pueda tratarse de diferenciación entre su régimen restitutorio, donde ese ámbito es indiscutible, y su régimen indemnizatorio, que, contenido en la segunda frase de ese precepto, comienza con la expresión «[e]n todo caso» (*cf.* art. 11.II LVPBM). No creo que tampoco pueda emplearse ese argumento literal para defender que las reglas indemnizatorias se aplican a todo crédito al consumo, con independencia de su concesión para la adquisición de un bien determinado o no. Desde esta perspectiva, el «[e]n todo caso» no se relaciona con el «[e]n caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados», sino con cualquier supuesto de restitución recíproca de las prestaciones realizadas. Por el contrario, para BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 125), la explicación de esa expresión en el art. 11 LVPBM se encontraba en que siempre (con independencia de la concreta producción de daño) el vendedor podía deducir esas cantidades legalmente establecidas.

(27) ALFARO ÁGUILA-REAL, 1994: 1046 ss. *Vid.* también MUÑOZ CERVERA, 1995: 204.

tratos se celebran entre ésta y el consumidor; y c) vinculación entre el contrato de consumo y el de financiación: supone una colaboración planificada entre suministrador y financiador y es objeto de regulación en el art. 15 LCC (28). Lo que interesa a nuestros efectos es verificar si es posible subsumir las reglas previstas en el art. 9 LCC en alguno de esos grupos de casos o si, por el contrario, ese precepto ofrece ciertas particularidades desde el punto de vista de sus parámetros de aplicación.

El art. 9 LCC determina su ámbito de aplicación en unos términos similares a los empleados por el art. 7 de la Directiva 87/102 CEE. Ahora bien, las escasas diferencias no dejan de resultar de interés. Ambas normas se refieren a los «créditos concedidos para la adquisición de bienes», pero, mientras la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva termina así, el art. 9 LCC añade que esa adquisición debe referirse a bienes «determinados». De ello parece resultar que la previsión de la Directiva se plantea con una generalidad que no concurre en la Ley española: conforme al art. 9 LCC, si el crédito se ha otorgado con carácter general, su utilización para la adquisición de unos u otros bienes no afecta a su régimen liquidatorio (29). La limitación de la Ley española resulta de gran importancia si se tiene en cuenta que no es frecuente que las entidades de crédito concreten el destino de las sumas dinerarias entregadas a los consumidores (30). Muy significativo es también el art. 14.2 LCC al prever que, cuando concurren las tres primeras circunstancias del art. 15.1 LCC, la ineficacia del contrato de satisfacción de una necesidad de consumo determina también «la ineficacia del contrato *expresamente* destinado a su financiación», remitiéndose a los efectos previstos en el art. 9 LCC.

Hay que analizar, además, en qué medida la previsión normativa relativa a la concesión del crédito para la adquisición de determinados bienes puede asimilarse a la configuración de la vinculación contractual según lo dispuesto por el art. 15.1 LCC. La noción legal de vinculación contractual exige la concurrencia de una pluralidad de

(28) En ciertas hipótesis, la eventual autotutela del consumidor respecto al financiador, a causa de sus relaciones con el suministrador de los bienes, puede determinar un aumento del precio que actuará como una forma de seguro: el colectivo de consumidores asume el coste de la conexión entre esas relaciones. Un apunte en GÓMEZ MENDOZA, 1993: 792; y un desarrollo de estas ideas en LA ROCCA, 1980: 434-438.

(29) Desde este punto de vista, el art. 9 LCC no se aplica a todo crédito al consumo sometido a esta Ley: su ámbito es más reducido que el descrito en el art. 1.1 LCC. No parece que la referencia a la adquisición de bienes determinados sea absolutamente equiparable a la satisfacción de necesidades personales.

(30) Un fenómeno similar es constatado en Italia por LA ROCCA, 1980: 451; y FERRANDO, 1991: 592.

requisitos (31): a) la dualidad subjetiva (32), es decir, que en los contratos de adquisición de bienes y servicios (33) y de financiación el consumidor haya contratado con personas distintas (34); b) la existencia de un acuerdo previo, concertado en exclusiva (35), entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes y servicios, en cuya virtud aquél ofrece crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste; y c) la obtención del crédito por parte del consumidor en aplicación del acuerdo entre financiador y proveedor.

A mi juicio, los requisitos legales en torno a la vinculación de los contratos de adquisición y de financiación son más exigentes que los previstos en el art. 9 LCC. Podemos encontrar ante situaciones que sin ser subsumibles en el art. 15.1 LCC (por ejemplo, ante la falta de acuerdo en exclusiva) pueden dar lugar al resultado previsto en el art. 9 LCC, en la medida que el crédito sí se ha concedido para la adquisición de de-

(31) No mencionamos el requisito previsto en el art. 15.1.d) LCC porque la referencia a un incumplimiento (genérico) del empresario no condiciona la situación de vinculación, sino que influye en las acciones del consumidor. Lo mismo cabe decir de la exigencia de previa reclamación judicial o extrajudicial contra el proveedor y el resultado insatisfactorio de esa reclamación [cfr. art. 15.1.e) LCC]. Este planteamiento obtiene confirmación con la enumeración de circunstancias relevantes para la aplicación del art. 9 LCC que prevé expresamente el art. 14.2 LCC (*vid.* también art. 12 LCC).

(32) Si ni siquiera existe esta dualidad subjetiva, la interconexión entre ambos contratos se ve naturalmente facilitada. Acerca de la acreditación documental de la identidad del proveedor de los bienes o servicios y del concedente del crédito, *vid.* art. 14.3.1 LCC. ¿Cuál es la transcendencia de lo dispuesto en el art. 2.1.a) LCC en relación a la concesión de créditos por «diferentes miembros de una agrupación, tenga ésta o no personalidad jurídica»? El problema radica en determinar si cuando la financiación y la adquisición provienen de miembros de una agrupación nos encontramos ante un caso de dualidad subjetiva, con vinculación contractual, o ante un caso de unidad subjetiva. El cuidado que el Legislador demuestra al establecer los criterios para la fijación de la cuantía del crédito no reaparece al estudiar las posibles configuraciones de conexión entre las partes de los contratos de adquisición y de financiación.

(33) Obsérvese que el art. 9 LCC nada dice acerca de los servicios.

(34) SERRA MALLOL (1995: 6352) califica esta exigencia de «perogrullada».

(35) La Ley no concreta el alcance de la exclusividad que puede tener tres sentidos: a) El concedente del crédito sólo financia a los clientes de determinado proveedor: la exclusividad vincula al concedente del crédito pero no al proveedor. b) El proveedor sólo busca financiación para sus clientes en determinado prestamista: la exclusividad vincula al proveedor pero no al concedente del crédito. c) Y finalmente cabe que la exclusividad vincule tanto al proveedor como al financiador: los clientes de cierto proveedor sólo pueden buscar financiación con un determinado prestamista y éste sólo la ofrece a esos clientes. Dadas las características de las entidades de financiación, la hipótesis más frecuente será sin duda la segunda, puesto que esas entidades no suelen limitarse a la financiación de las adquisiciones de bienes relativos a ciertos proveedores. Con todo, piénsese en casos como las financieras creadas por las empresas automovilísticas para la adquisición de sus propios vehículos. Cuestión naturalmente distinta es la transcendencia de ese acuerdo en exclusiva para el consumidor: *vid.* arts. 14.1.II y 15.1.b.II LCC. Acerca de la difícil concreción de esa exclusividad, *vid.* GÓMEZ MENDOZA. 1993: 791 y 793.

terminado bien. En consecuencia, no en todos los casos en que puede ser aplicado el art. 9 LCC podrá entrar en juego el art. 15 LCC. Pero debemos examinar también el supuesto inverso, es decir, si siempre que se aplica el art. 15 LCC nos encontramos bajo el ámbito del art. 9 LCC. Desde este punto de vista, las exigencias que se plantean para afirmar la vinculación entre los contratos de adquisición y de financiación permiten deducir que siempre que se den esos requisitos se cumple la previsión del art. 9 LCC. Por ello, la existencia de vinculación entre dos contratos significa también la eventual aplicación del art. 9 LCC.

Dada esta conclusión, que supone diferenciar el ámbito de aplicación de los arts. 9 y 15 LCC, cabe cuestionar el acierto del Legislador en la medida que la solución no es simétrica. Ante el diferente rigor del ámbito de aplicación en uno y otro caso, no puede dejar de observarse que el consumidor se encontrará con unas dificultades para obtener la protección derivada del carácter vinculado de los contratos que no concurren cuando simplemente el empresario trata de deducir una serie de cantidades en orden a la liquidación de las relaciones contractuales (36).

Cuando entre los contratos de adquisición y de financiación no hay conexión alguna, porque el crédito no se concede para la adquisición de bienes determinados, no puede tampoco admitirse la propagación de efectos. Las vicisitudes contractuales de uno no afectan al otro. Tiene aquí plena vigencia el principio *res inter alios acta* (art. 1257.I CC), que puede predicarse de cualquier contrato salvo disposición legal o voluntaria en contrario.

Por el contrario, cuando financiador y proveedor sean la misma persona, la relevancia del art. 9 LCC está no en la admisión de la conexión contractual (que aquí es obvia), sino en la aplicación de los criterios legales de predeterminación de cantidades que puede deducir el empresario o el prestamista. Literalmente, al menos, no aparece obstáculo alguno que pueda impedir la aplicación del art. 9 LCC a estos supuestos. Es más, en su primera parte al referirse a la recuperación de los bienes por el prestamista parece dar a entender que ese supuesto de identidad subjetiva es precisamente la hipótesis en la que se está pensando.

(36) No puede pensarse que cada precepto pretenda regular circunstancias contractuales distintas. El art. 15.1.d) LCC exige como requisito un incumplimiento en relación a los bienes o servicios objeto del contrato, esto es, un incumplimiento del proveedor. Y el art. 9 LCC parece presuponer una «nulidad» «no imputable» al empresario o al prestamista. Sin embargo, es preciso observar que esa previsión del art. 9 LCC se refiere a cuestiones indemnizatorias y que las reglas restitutorias se establecen en caso de nulidad o resolución del contrato sin indicar nada acerca de la imputabilidad, por lo que también se dará la restitución recíproca cuando haya incumplimiento del proveedor.

5. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ART. 9 LCC

El art. 9 LCC anuncia como tema fundamental la «liquidación a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición» (37). No deja de ser curioso que en la rúbrica se consideren como cuestiones diferentes la ineficacia y la resolución del contrato de adquisición: la doctrina acostumbraba a calificar la resolución como uno de los supuestos típicos de ineficacia (sobrevenida) de la relación obligatoria (38). Además, aun obviando esa imprecisión, se constata cierta discordancia entre la rúbrica y el contenido. Obsérvese que lo que en la rúbrica es ineficacia, en el contenido del precepto se identifica con la nulidad del contrato (39). De este modo quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo una serie de categorías que, no siendo resolución del contrato, pueden reconducirse a la ineficacia pero no se identifican con la nulidad (40).

(37) El art. 7 de la Directiva 87/102 CEE se refiere simplemente a la recuperación de la posesión de los bienes por el acreedor, sin especificar la causa en cuya virtud se producía esa restitución. En cambio, en el art. 11 LVPMB, únicamente se establecían reglas para la hipótesis de resolución del contrato, sin abordar cuáles debían ser los mecanismos liquidatorios en otras hipótesis de ineficacia.

(38) *Vid.* BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 103. Con todo, DÍEZ-PICAZO (1993: 705-706) entiende que es más correcta la concepción de la acción resolutoria como «un medio de defensa destinado a tutelar a una de las partes frente a las circunstancias que lesionan objetivamente su interés en la actuación o desarrollo de la obligación. La resolución no va, propiamente hablando, contra el negocio, ni lo hace ineficaz. Va contra la relación jurídica que el negocio había originado o dado vida (...) El negocio fue eficaz en el momento de celebrarse y continúa siendo eficaz».

(39) El séptimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley menciona precisamente como uno de los aspectos donde se centra la protección a los consumidores «los supuestos de nulidad de los contratos». Nada se indica acerca de esa misma protección en caso de resolución del contrato. Acaso solamente se esté refiriendo aquí al art. 7.I LCC, que prevé la nulidad del contrato por incumplimiento de la forma escrita exigida por el art. 6.I LCC. Para ALFARO ÁGUILA-REAL (1995: 1796-1797), la exigencia de esa forma cumple dos funciones: a) de transparencia, para que el consumidor conozca en el momento de la celebración del contrato cuáles serán sus términos; y b) de publicidad, frente al incumplimiento de la entidad de crédito y respecto a las consecuencias de su propio incumplimiento.

El art. 14.2 LCC alude a la «ineficacia del contrato» de adquisición y de financiación y remite expresamente a los efectos previstos en el art. 9 LCC.

(40) La Ley de Crédito al Consumo no ha concedido al consumidor un derecho de revocación o de desistimiento [*cf.* art. 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles (en adelante, LCCFEM)], porque se ha inclinado por exigir una oferta irrevocable durante un plazo de siete días (*cf.* art. 16 LCC); esta decisión legislativa ha sido valorada favorablemente por ALFARO ÁGUILA-REAL (1994: 1040; y 1995: 1797), dada la escasa utilidad de la solución alternativa en un sistema donde el préstamo tiene carácter real y donde se exigen requisitos de forma que limitan la posibilidad de decisiones precipitadas. En cambio, en su momento, PASQUAU LIAÑO (1990: 17, 20-21 y 25) sugería la introducción de un derecho de retractación en favor del consumidor.

No parece que el uso de esas categorías por el Legislador haya sido demasiado riguroso técnicamente. Además, en la rúbrica del art. 9 LCC se alude únicamente al contrato de adquisición. En cambio, en el contenido del precepto, encontramos dos tipos de descripciones. En la primera parte, relativa a la restitución de prestaciones, se habla de nulidad o resolución de los «contratos de adquisición o financiación». En la segunda parte, se menciona sólo la nulidad del contrato, sin indicar a qué contrato se refiere, esto es, al de adquisición o financiación como la primera parte, o al de adquisición como la rúbrica del precepto.

Tampoco precisa con excesiva claridad quiénes son los sujetos, aparte del consumidor, que intervienen en estas relaciones. Se alude al «prestamista» cuando se aborda la restitución, al «prestamista» o «empresario» en orden a la deducción de cantidades y al «vendedor» en relación a la posibilidad de exigir indemnización por el deterioro de la cosa vendida. Este confuso planteamiento legal demuestra, aparte del escaso rigor técnico de la Ley, la pluralidad de situaciones que pueden ser subsumidas en el ámbito de aplicación de este art. 9 LCC.

La Ley de Crédito al Consumo no precisa el carácter judicial o extrajudicial de la extinción del contrato. El problema puede plantearse fundamentalmente en relación a la resolución extrajudicial: ¿existe algún inconveniente en admitirla y aplicar el art. 9 LCC? Obsérvese que en el art. 15.1.e) LCC se menciona precisamente una reclamación extrajudicial del consumidor (41). La admisión de esa solución extrajudicial no excluye naturalmente que, en cuanto se produzca una desavenencia entre las partes, sea posible (y necesario) acudir a la vía judicial, como fácilmente sucederá en relación a la cuantía de las indemnizaciones (42).

Asimismo, la Ley de Crédito al Consumo no resuelve, como tampoco hacía la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el problema que se plantea cuando el incumplimiento de una de las partes, normalmente el consumidor (o comprador), pretende justificarse en un anterior incumplimiento o cumplimiento defectuoso del empresario (o vendedor). La cuestión surge ante la probable intención del empresario (o vendedor) de aplicar los remedios dispuestos en el art. 9 LCC y lo que conviene dejar sentado, a mi juicio, es que dicho conflicto no puede solucionarse en el plano extrajudicial en que pretende moverse ese precepto, puesto que inevitablemente desembocará en un pleito (43).

(41) Para una enumeración de las ventajas de esta reclamación, *vid.* SERRA MAILLOL, 1995: 6353. Acerca de las incertidumbres que plantea su deficiente configuración legal, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, 1994: 1050-1051.

(42) En este mismo sentido, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 221; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 97.

(43) En relación a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la doctrina (BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 222; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 91-92)

Debe destacarse que en un único precepto se contienen dos normas de sentido completamente distinto: en primer lugar, se plantean cuestiones relativas a la restitución de las prestaciones realizadas; y en segundo término, se analiza un particular aspecto de transcendencia indemnizatoria (44). Pero no sólo existen diferencias en la función de cada norma, sino que también sus presupuestos de aplicación obligan a ciertas (e importantes) distinciones.

A) Por lo que respecta a la **restitución de las prestaciones realizadas**, debemos indicar, de entrada, que el art. 7 de la Directiva 87/102 CEE remitía a los Estados miembros el establecimiento de las condiciones en cuya virtud pudieran recuperarse los bienes (45) adquiridos por medio de la concesión de un crédito, «en particular cuando el consumidor no haya dado su consentimiento». Si la recuperación del bien se ha producido con consentimiento del consumidor, la Directiva no parece considerar indispensable la previsión de un régimen protector de éste. Dos son, por tanto, los presupuestos fundamentales de aplicación que en abstracto dibuja la Directiva: la recuperación de los bienes por el acreedor y la falta de consentimiento del consumidor en ese resultado. La Ley de Crédito al Consumo (46) se preocupa en su art. 9 de concretar aún más esos dos datos (47).

coincidía en rechazar el ejercicio de las facultades del art. 11 LVPBM cuando el incumplimiento del comprador estuviese justificado, como podía ocurrir en el caso de que el comprador exigiese el saneamiento de vicios de la cosa y utilizase, como medio de presión, el impago de plazos se brindan al vendedor, siempre que los vicios o defectos en cuestión tuvieran alguna relevancia. Pero, a mi modo de ver, debe subrayarse que la relevancia de esos vicios tiene que ser acreditada judicialmente, con lo cual la norma pierde una de sus principales ventajas, como era su carácter básicamente extrajudicial. ALFARO ÁGUILA-REAL (1994: 1051) ha cuestionado el sentido del art. 15.1.e) LCC por no determinar el modo en que opera el derecho del consumidor: «[e]s claro que puede negarse a pagar los plazos al prestamista en tanto tenga excepciones contra el vendedor, pero es cuestión problemática si el deudor puede *no sólo negarse a pagar* los plazos restantes sino si puede *exigir la devolución de lo pagado hasta ese momento*».

(44) En su sistemática interna, el art. 9 LCC resulta mejorable. Como veremos más adelante, el principal inconveniente de la estructura normativa se encuentra en el tratamiento de la indemnización por deterioro, en cuanto que dificulta su interpretación en relación a los otros conceptos indemnizatorios y oscurece la determinación de su grado de autonomía respecto a los mismos.

(45) El art. 7 de la Directiva 87/102 CEE habla en dos ocasiones de recuperación de los bienes y en otra de recuperación de «la posesión» de los mismos. Parece que, con buen criterio, no se quiere prejuzgar acerca de la transcendencia de la recuperación en orden a la transmisión de la propiedad.

(46) La Ley de Crédito al Consumo no precisa, como se hacía en el art. 11.I LVPBM, en qué casos cabe exigir la resolución del contrato. Para la Ley de Crédito al Consumo es indiferente la razón por la que se llega a la resolución y a la nulidad, al menos en el plano restitutorio.

(47) Cabe plantearse si, en rigor, era imprescindible esa precisión o si, por el contrario, los términos empleados en la Directiva en orden a los presupuestos de aplicación ya resultaban adecuados, teniendo en cuenta que lo único inexcusable era determinar los efectos de esa situación.

a) Nulidad o resolución del contrato de adquisición o de financiación. Para nuestro Legislador, en estas hipótesis se puede producir una recuperación de los bienes no consentida por el consumidor. Dada la puntualización efectuada por la Ley española, es cuestionable si capta adecuadamente el sentido de la Directiva; en otras palabras, si la nulidad y la resolución del contrato constituyen los supuestos fundamentales en que el acreedor recupera los bienes sin consentimiento del consumidor. A mi juicio, la nulidad y la resolución se presentan en esta primera parte del art. 9 LCC de un modo neutro, puesto que se señala el mecanismo por el que se llega a la ineficacia de la relación contractual, pero no se indica quién lo ha desencadenado (48): la nulidad o la resolución del contrato puede haber sido instada por el consumidor y, en tal caso, puede decirse que, al menos, en un cierto sentido, la recuperación ha sido consentida o asumida por éste (49).

b) Recuperación de los bienes por el prestamista. El segundo de los presupuestos presenta menores problemas por cuanto la semejanza con el art. 7 de la Directiva 87/102 CEE resulta mayor. La dificultad no se encuentra en la cuestión (objetiva) de la recuperación del bien, sino en quién lo recupera. La Directiva señalaba que debía ser el «acreedor» quien recuperara el bien. Con ello se utilizaba un término muy general que presentaba un problema de precisión por cuanto también el consumidor podía ser considerado «acreedor» de la prestación del proveedor. La Ley española no incurre en ese defecto, causado por la generalidad del término, pero muestra una total falta de rigor cuando establece que quien recupera el bien es «el prestamista». De este modo, el presupuesto de aplicación de unas reglas relativas a la suerte de un bien depende de quien puede ser parte de una relación contractual distinta. El planteamiento de la Ley de Crédito al Consumo no resulta admisible y debe ser integrado con el resto del precepto que, con mayor claridad, aunque no excesiva

(48) Esa neutralidad se aprecia también en la falta de precisión legal acerca de la causa de la ineficacia contractual. El art. 11 LVPBM exigía para admitir la resolución del vendedor que se hubiera demorado el pago de dos plazos o del último de ellos. El silencio de la Ley de Crédito al Consumo parece abrir la puerta a la reglamentación convencional de estas cuestiones. Recuérdese que, en relación a aquel precepto, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 219) subrayaba que «un contrato es más digno de protección cuanto más cerca se encuentra de su total cumplimiento».

(49) Acaso puede pensarse, al relacionar la previsión del art. 9 LCC con lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva 87/102 CEE, que aquel precepto sólo tendrá aplicación cuando la recuperación de los bienes, a causa de la nulidad o de la resolución, se produzca sin consentimiento del consumidor. Se trataría, por tanto, de unir los presupuestos establecidos en nuestra Ley con los criterios de la Directiva. Pero, a mi juicio, esta posibilidad debe descartarse: la Ley de Crédito al Consumo no tiene como complemento a la Directiva, sino que pretende, con mayor o menor acierto, concretar sus criterios. Dada la redacción del art. 9 LCC, una lectura «complementaria» reduce injustificadamente su ámbito de aplicación.

precisión, emplea otras categorías, como empresario o vendedor (50). En el fondo, parece que la Ley está pensando, de manera arbitraria e injustificada, en una coincidencia subjetiva entre proveedor y financiador ().

Resulta obligado señalar, por lo demás, la peculiaridad de este presupuesto en la medida que condiciona la restitución recíproca a una recuperación que, en cierta forma, ya supone una restitución unilateral. La intención legal parece dar a entender que, a pesar de las concretas previsiones convencionales, la restitución debe ser en todo caso recíproca, porque de lo contrario se favorece la posición del empresario.

B) En relación con las **indemnizaciones deducibles** por el empresario o el prestamista, el art. 9 LCC añade un requisito ulterior: la no imputabilidad al no consumidor de «la nulidad del contrato». Se plantean aquí tres cuestiones que deben ser objeto de análisis: por un lado, el significado de la «no imputabilidad» (51); por otro, la aplicación de este régimen en caso de resolución del contrato; y, por último, determinar a qué contrato se refiere esa ineficacia, al de adquisición, al de financiación o a ambos.

a) La no imputabilidad al empresario o al prestamista constituye el elemento más relevante en orden a condicionar la aplicación de las deducciones previstas en el art. 9 LCC (52). Obsérvese que los otros datos que introduce la segunda parte de ese precepto son en cierta manera asimilables a los que en la primera parte se prevén en relación a la restitución de las prestaciones realizadas. Así pues, esa (in)imputabilidad de la ineficacia caracteriza en particular esta solución liquidatoria y nos lleva a poner en relación ese presupuesto y la consecuencia determinada por el Legislador. La falta de imputabilidad de la ineficacia determina que el no consumidor disponga de un régimen indemnizatorio altamente favorable.

¿Qué debe entenderse por imputabilidad? Lo primero que debemos subrayar es que la Ley de Crédito al Consumo se refiere claramente a

(50) Podemos añadir, como argumento adicional, que la Ley habla de recuperación y mal puede recuperar quien nunca ha poseído.

(51) El art. 16 LCC obliga al empresario que ofrezca un crédito a un consumidor a mantenerlo como «oferta vinculante» [según ALFARO ÁGUILA-REAL (1994: 1040) quiere decir «irrevocable»] durante un plazo mínimo de diez días, «salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables» al empresario; como señala ALFARO ÁGUILA-REAL (1994: 1041) esta previsión causa más problemas de los que resuelve, al conectarse con la incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus*.

(52) El art. 11 LVPBM no preveía expresamente la imputabilidad como un criterio relevante para la deducción de ciertas cantidades por parte del no consumidor, pero, puesto que su aplicación dependía de la demora por el comprador en el pago de dos plazos o del último de ellos, en principio (salvo que el incumplimiento del comprador estuviese motivado por un previo incumplimiento del vendedor), también se trataba de una anomalía contractual no imputable al vendedor.

() Una conclusión similar en SÁNCHEZ HERRERO, 1996: 714-715.

la imputabilidad de la anomalía contractual (53). La imputabilidad determina la existencia de una relación entre esa anomalía y cierto sujeto (54). Pero la Ley no ofrece dato alguno para establecer en virtud de qué criterio puede perfilarse esa relación (55). A pesar del tradicional predominio de la culpa en estos ámbitos, hay que reconocer la actual coexistencia de ese criterio con otros distintos, como la esfera de control del sujeto o el riesgo implícitamente asumido al contratar (56).

El principal problema que plantea este presupuesto, aparte de su concreción, se encuentra en la constatación de la (in)imputabilidad. El sistema indemnizatorio se caracteriza por su automatismo, salvo en lo relativo al deterioro de la cosa vendida, pero tiene un presupuesto cuya determinación no se indica a quién compete. Si se entiende que la verificación de esa falta de imputabilidad corresponde a los tribunales, el sujeto no consumidor ve disminuidas las ventajas que le ofrece esta norma (57). Pero una solución no judicial se arriesga a amparar decisiones arbitrarias por parte de los diversos intervinientes en esa relación contractual (58). En la práctica, lo más probable es que el sujeto no consumidor retenga esas cantidades prefijadas, alegando su falta de imputabilidad; y esa no imputabilidad deberá verificarse necesariamente en un procedimiento judicial, donde naturalmente no es descartable una decisión contraria a los intereses de ese sujeto.

b) La omisión de la referencia a la resolución del contrato, y la mención exclusiva de su nulidad, puede obedecer a diferentes razones. Puede responder a un deseo del Legislador de limitar las reglas

(53) La cuestión es relevante porque en nuestra doctrina se ha planteado, en el ámbito de la responsabilidad contractual, si la imputabilidad debe referirse a la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación o al incumplimiento: *cfr.* JORDANO FRAGA, 1987: 197 ss.; y PANTALEÓN, 1991: 1056 ss.

(54) Una cuestión especialmente compleja estriba en el tratamiento de las llamadas «causas ignotas», que se halla condicionado por el planteamiento general de cada autor: *vid.* JORDANO FRAGA, 1987: 265-266.

(55) Es oportuno tener en cuenta a la hora de señalar los criterios de imputabilidad que, en ciertos supuestos, el sujeto de quien debe predicarse, o no, esa circunstancia puede actuar en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (art. 1.1 LCC). Esto ocurrirá cuando quien conceda el crédito y quien suministre los bienes sea la misma persona. No sucede lo mismo, por ejemplo, en el caso de que el crédito al consumo concedido por una entidad financiera sirva para la adquisición de un bien perteneciente a otro particular.

(56) PANTALEÓN, 1991: 1069. Aun reconociendo la existencia de otros criterios, JORDANO FRAGA (1987: 206 y 230-231) califica la culpa-negligencia como criterio general de imputación (de la imposibilidad sobrevenida).

(57) ¿Podrá deducir esas cantidades en tanto no haya recaído sentencia acerca de su no imputabilidad? ¿Deberá restituirlas y sólo tras esa decisión podrá exigir el abono de unas sumas prefijadas?

(58) El empresario siempre alegará su falta de imputabilidad, y el consumidor afirmará que esa circunstancia sí existe.

liquidatorias al caso de nulidad, con lo que en caso de resolución del contrato habrá que acudir a las reglas generales. O puede, simplemente, deberse a un descuido (más) en un precepto que no se caracteriza precisamente por su perfección técnica (59).

Para limitar la aplicación de la segunda parte del art. 9 LCC a los casos de nulidad nos encontramos con diferentes obstáculos. En primer lugar, se aprecia entonces una discordancia con la rúbrica del precepto que, justamente, habla de «[l]iquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición»: no parece que el Legislador pretendiera que, en caso de resolución, esas «[l]iquidaciones» (en plural) se redujeran a la recíproca restitución de prestaciones. Existe además el precedente del art. 11 LVPBM, que, referido inequívocamente a un supuesto de resolución, muestra idéntica combinación de soluciones restitutorias e indemnizatorias. El argumento más importante, en mi opinión, para rechazar la limitación a las hipótesis de nulidad de las reglas finales del art. 9 LCC se encuentra en las consecuencias que comporta en orden a los efectos de la resolución. Excluir la resolución de la parte final de este precepto conlleva que sólo se aplique la primera: es decir, supone la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, sin que haya especialidad alguna en relación a la indemnización. Si esto fuera así, no se ve por qué el Legislador se ha preocupado de reiterar una regla (la restitución recíproca de prestaciones) que nadie discute en la resolución. La mención en la parte inicial (y en la rúbrica) del art. 9 LCC de la resolución carecería de trascendencia como no fuera para recordar la aplicación de una regla general a un caso particular.

Por todo ello, me inclino a pensar que debe ser salvada, con una interpretación sistemática, esa omisión de las reglas indemnizatorias en relación a la resolución del contrato. El precedente del art. 11 LVPBM induce a sostener que el art. 9 LCC está pensado para las situaciones más frecuentes, que derivan de la resolución, y que la referencia a la nulidad se ha incorporado a ese régimen, dada la cercana previsión de nulidades *ex art. 7.1 LCC* ().

c) La carencia de cualquier calificativo en relación al contrato cuya ineficacia se predica plantea dificultades al constatar el diferente sentido de la rúbrica y del contenido del art. 9 LCC (). En efecto, en su rúbrica se menciona exclusivamente la ineficacia o la resolución del «contrato de adquisición», pero en la primera frase de ese precepto se alude a la recuperación del bien como consecuencia de la nulidad o de la resolución de los «contratos de adquisición o financiación» de ese bien. Ahora bien, la expresión empleada en su segunda proposición por el art. 9 LCC no exige, dada su generalidad, una lectura más amplia

(59) De lo que no cabe duda es que en la expresión «nulidad del contrato» no se encuentra contenida la resolución del mismo; distinta sería la interpretación o, al menos, la actitud si se aludiera a una categoría más general (como la ineficacia del art. 14.2 LCC).

() Este problema también ha sido advertido por SÁNCHEZ HERRERO, 1996: 714.

() SÁNCHEZ HERRERO (1996: 715) llega a la misma conclusión, añadiendo como argumentos al sentido del art. 7 de la Directiva comunitaria, su carácter de cláusula penal establecida legalmente para regular los daños y perjuicios y la falta de lógica que implica su limitación a los casos de nulidad.

que su propia literalidad. Al referirse simplemente a contrato, las reglas indemnizatorias pueden aplicarse, en principio, sea a las anomalías del contrato de adquisición, sea a las del contrato de financiación. Esa impresión parece confirmarse en cuanto el Legislador alude al empresario y al prestamista como sujetos legitimados para esa particular deducción, pero la cuestión no deja de ser altamente dudosa por lo que respecta a la relevancia de la nulidad (o resolución) del contrato de financiación (60).

6. EFECTOS DEL ART. 9 LCC: RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO AL CONSUMO

Separados por un punto y seguido, el art. 9 LCC contiene dos remedios contractuales de carácter independiente y de diferente sentido, que constituyen sendas concreciones de formas de tutela restitutoria (o «repristinatoria») y resarcitoria (61). El Legislador trata de combinar ambos mecanismos a fin de ofrecer una protección más adecuada y equitativa. Conviene dejar sentada la diferencia conceptual y funcional de ambos mecanismos, aunque la posibilidad de deducción de ciertas cantidades pueda inducir a confusión. Las diferencias se aprecian claramente cuando la irregularidad contractual resulta imputable al empresario o prestamista, ya que en tal caso la restitución funciona con total independencia de los criterios resarcitorios previstos en ese precepto.

No debe pensarse, por tanto, que el art. 9 LCC tiene como objetivo disciplinar cualquier liquidación en torno a estas relaciones contractuales, sino que es preciso establecer ciertas distinciones. Por lo que se refiere a la restitución, su aplicación se produce siempre que se recupere el bien por parte del sujeto no consumidor. En cambio, las reglas indemnizatorias tienen un ámbito mucho más restringido, pues dependen de la no imputabilidad de la anomalía contractual a ese sujeto; cuando concurra una circunstancia distinta, la solución en el plano re-

(60) Mientras el Legislador se preocupa de establecer la comunicación de la ineficacia del contrato de adquisición al contrato de financiación (art. 14.2 LCC), incluyendo una remisión al art. 9 LCC, nada dice acerca del supuesto inverso, relativo a la transcendencia de la ineficacia del contrato de financiación. El art. 14.1 LCC sólo aborda el caso de no obtención del crédito, pero no analiza la cuestión de su ineficacia sobrevenida. El problema se plantea, pues, cuando el contrato de financiación es ineficaz *a posteriori*: ¿afecta al de adquisición, si se concedió para la adquisición de bienes determinados? SERRA MALLOL (1995: 6347) admite que la ineficacia del contrato de financiación repercute en el de adquisición cuando «el mismo vendedor ofrezca crédito o por medio de una empresa filial de financiación de las compras hechas a él, o cuando existe un pacto de financiación a sus compradores con una entidad financiera concreta».

(61) Un excelente análisis de las formas de tutela en DI MAJO, 1987: 33 ss., 177 ss. y 233 ss.

sarcitorio no puede hallarse en ese precepto, sino que debemos recurrir a los criterios generales. En suma, el régimen del art. 9 LCC tiene carácter parcial y no permite prescindir de las reglas generales sino en los concretos supuestos amparados por su ámbito de aplicación.

Nótese que el art. 9 LCC nada indica acerca de la posibilidad de exigir el cumplimiento contractual (tutela satisfactoria), como hacían el art. 11.I LVPBM (62) y, con carácter más general, el art. 1124.II CC. Esta omisión no significa, a mi juicio, que, en aquellos casos en que concurren sus presupuestos, no quepa solicitar el cumplimiento forzoso de la obligación (63), sino que constituye una muestra más del carácter incompleto del art. 9 LCC (64).

6.1. Las reglas restitutorias en el art. 9 LCC.

Como primera consecuencia, el art. 9 LCC dispone la restitución recíproca (65) de las prestaciones realizadas (66). Se trata, pues, de eliminar la reglamentación contractual de intereses, permitiendo a los contratantes volver a buscar en el mercado vías adecuadas para la satisfacción de sus propias necesidades (67).

(62) El efecto del art. 11.I LVPBM resultaba más radical, pues permitía al vendedor exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono.

(63) Como apuntaba BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 219), por aplicación del art. 1124 CC, exigiendo, en su caso, el correspondiente resarcimiento de daños y abono de intereses.

(64) BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 111) justificaba en el carácter real de la venta a plazos la no concesión al comprador de la facultad de exigir el cumplimiento por parte del vendedor: «[s]i el contrato es real perfeccionándose con la entrega de la cosa y el desembolso inicial, es obvio que nunca cabrá la posibilidad de incumplimiento por falta de entrega, ni por falta de pago del desembolso inicial, ello porque tanto uno como otro no constituyen verdaderas prestaciones nacidas del contrato, sino más bien son presupuestos, requisitos del mismo, de tal manera que mientras no se entregue la cosa y se satisfaga el desembolso inicial no cabrá hablar de la perfección del contrato».

(65) BADOSA COLL (1990: 164-165) habla en estos casos de «reciprocitat líquidatòria», porque nace de la extinción de una situación contractual preexistente; en dichos supuestos las diversas obligaciones recíprocas no están, como normalmente sí ocurre, en función de contraprestación.

(66) Se trata de una solución coincidente con el art. 11.II LVPBM, si bien hay que tener en cuenta que este precepto contenía esta solución para aquellos supuestos en que se optara por la resolución del contrato, en lugar de exigir su cumplimiento, y nada decía acerca de la nulidad. A juicio de BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 122), la referencia a «prestaciones realizadas» resultaba incongruente con el carácter real que la Ley asignaba al contrato de venta a plazos.

(67) Esta idea se toma de LUMINOSO (1990: 16), aunque este autor se centra especialmente en la desvinculación y en la nueva posibilidad de acceso al mercado desde la perspectiva del contratante no incumplidor. Es evidente que ese planteamiento no puede aceptarse por completo en la medida que el art. 9 LCC incluye también supuestos de nulidad y que la nulidad o la resolución del contrato libera a ambos contratantes. Los casos de restitución *ex art. 9 LCC* pueden asimilarse, entre los diversos modelos del Código Civil, a aquellos supuestos de restitución de bienes en razón a la pérdida de eficacia del título por el que se entró a poseer, o a la misma ineficacia inicial de ese título: *vid.* CARRASCO PERERA, 1987: 1068-1069.

El art. 9 LCC parece suponer la retroactividad absoluta de la nulidad o de la resolución del contrato (68). No hay margen alguno para la no devolución de las prestaciones ya efectuadas. Acaso una consecuencia tan drástica sea debida a que el Legislador sólo considera aplicable este precepto a los «créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados», sin plantearse la posibilidad de que las necesidades del consumidor se satisfagan mediante prestación de servicios (69). Del mismo modo, el art. 9 LCC parece presuponer, al referirse a una restitución recíproca, que el contrato ha sido cumplido, incluso parcial o defectuosamente, por ambas partes (70). En el marco de ese precepto no se encuentra solución para el caso en que alguna de las partes hubiera incumplido absolutamente sus obligaciones.

La Ley parte de la posibilidad de que ambos contratantes pueden restituirse las prestaciones ya realizadas (71). Nada indica la Ley de Crédito al Consumo acerca de la imposibilidad de cumplir específica e íntegramente la obligación restitutoria (72). Obviamente el problema no se plantea en relación al empresario, por cuanto la prestación realizada por el consumidor tiene un objeto dinerario y se encuentra sometida a un régimen que no se compadece con esa imposibilidad. Un planteamiento distinto afecta al consumidor, que no era aquí un simple acreedor, sino que, salvo pacto en contrario, era propietario (73): ¿qué sucede si no puede restituir la prestación efectuada por el empresario? La Ley de Crédito al Consumo no ofrece criterios específicos para solucionar esta cuestión, ya que se limita, en el plano indemnizatorio, a tomar en consideración el deterioro de la cosa, pero remitiendo a la indemnización que en derecho proceda (74).

(68) Aunque se mueven en planos diversos, la restitución recíproca de las prestaciones puede no ser absoluta en la medida que sea de aplicación la posibilidad del empresario de deducir ciertas cantidades. En tales casos, una de las partes (el empresario) obtendrá la restitución de la prestación efectuada y la otra (el consumidor) sólo una parte de la realizada. Sin embargo, no puede obviarse que, en la mayoría de casos, el bien que recupera el empresario tendrá un valor inferior al que proporcionó en su día al consumidor.

(69) *Vid.* art. 1.3 LCC.

(70) En sentido parecido, BADOSA COLL, 1990: 167; y Díez-PICAZO, 1994: 115.

(71) Para un análisis de esta cuestión, desde el planteamiento del Código Civil, BADOSA COLL, 1990: 167-168.

(72) En cambio, se trata de un tema particularmente analizado en el art. 7 LCCFEM en relación al ejercicio del derecho de revocación por parte del consumidor: esa imposibilidad no impide el ejercicio de la revocación; y cuando sea imputable al consumidor queda obligado a abonar el valor de mercado que hubiese tenido la cosa en el momento del ejercicio del derecho de revocación, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso procederá el abono de éste.

(73) *Vid.* art. 6.12.º LVPBM.

(74) Desde una perspectiva civil, cuestiones que la Ley de Crédito al Consumo silencio son, entre otras, el régimen restitutorio de los frutos e intereses de las

6.2. Las reglas indemnizatorias en el art. 9 LCC.

Mientras la restitución tiene carácter recíproco, el art. 9 LCC presenta la cuestión indemnizatoria de tal modo que sólo analiza la exigibilidad de ciertas cantidades por parte del empresario. Para la Ley de Crédito al Consumo el problema indemnizatorio parece constituir una cuestión que genera una relación unilateral en la que el acreedor es el empresario y el deudor el consumidor, sin prever otras posibilidades.

En mi opinión, es evidente que el art. 9 LCC no cierra la puerta a otras soluciones, sino que se limita a abordar una situación particular. En concreto, nada impide que el consumidor pueda reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al empresario cuando la nulidad o la resolución del contrato le sean imputables; esta pretensión se regirá por los criterios generales, ya que la Ley de Crédito al Consumo omite cualquier previsión al respecto (75).

Además, en este plano indemnizatorio, la Ley de Crédito al Consumo no efectúa una referencia general al resarcimiento de los daños y perjuicios (en favor del empresario), sino que emplea una fórmula diferente (76). Distingue varios supuestos que pueden ocasionar un perjuicio y determina su transcendencia indemnizatoria (77). Ante ello, cabe cuestionarse qué sucede cuando los daños ocasionados sean referibles a hipótesis distintas o cuando las cuantías legales sean insuficientes para resarcir los daños previstos expresamente por el

prestaciones realizadas, la aplicabilidad del art. 1308 CC que condiciona la exigibilidad de la devolución de uno de los contratantes a que el otro efectúe esa restitución, etc. Un completo análisis de las consecuencias de la nulidad contractual en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1995. El art. 6.1 LCCFEM aplica al ejercicio del derecho de revocación del consumidor lo dispuesto en los arts. 1303 y 1308 CC (*vid.* también art. 7 LCCFEM) y el art. 6.3 LCCFEM le concede el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa.

(75) Para que el consumidor pueda ejercitar sus derechos tanto frente al proveedor de bienes y servicios como frente al empresario concedente del crédito, en el art. 15.1.d) LCC se menciona como uno de los requisitos «que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato». Se trata de un claro supuesto de incumplimiento por parte del proveedor de los bienes o servicios y conviene subrayar que la Ley de Crédito al Consumo admite como supuesto de incumplimiento contractual la no entrega de los bienes que en el ámbito de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles hubiera tenido una transcendencia distinta (*cfr.* arts. 2 y 9 LVPBM).

(76) Para una crítica «financiera» del sistema de la Ley de Crédito al Consumo, *vid.* SERRA MALLOL, 1995: 6346-6347.

(77) En relación al art. 11 LVPBM, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 223) ponía acertadamente de manifiesto que no solucionaba globalmente el tema de la indemnización del vendedor, «con lo que disminuye la utilidad de esos cálculos apriorísticos».

art. 9 LCC (78). La cuestión presenta un particular interés en la medida que el único supuesto que no fija la cuantía de la indemnización se refiere al deterioro de la cosa y nada se dice acerca de otros daños que puedan ocasionarse al empresario. Lo que resulta claro es que esas otras cantidades no quedan sometidas al privilegiado régimen que establece el art. 9 LCC en relación a su posible deducción de lo ya abonado por el consumidor (79).

Conviene recordar que, en relación al tratamiento de esta cuestión en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la doctrina coincidía en criticar la rigidez de las reglas indemnizatorias del art. 11 LVPBM y en reputar las cuantías legales como mínimas, con lo que se admitía la posibilidad de unas indemnizaciones superiores (80).

A mi entender, la particularidad en el aspecto indemnizatorio del art. 9 LCC debe limitarse a las cuestiones referidas a la tenencia y a la depreciación comercial. Como tendremos ocasión de ver, escasa es actualmente la transcendencia real de la mención del deterioro. En cambio, la deducción de ese diez por ciento de los plazos pagados y el desembolso inicial parecen someterse a un sistema específico: sentada la inimputabilidad al empresario, la Ley de Crédito al Consumo no le exige que demuestre, como deberá hacer en otros casos, el alcance del daño ocasionado. La Ley de Crédito al Consumo predetermina y establece la cuantía de esos daños en función de los diversos aspectos económicos de cada concreta relación contractual. Si, en un caso concreto, no se ha producido ese daño al empresario, deberá ser el consumidor quien lo acredite, alterándose de este modo y para esas particulares hipótesis las soluciones generales (81). En este «automatismo» de la indemnización (82)

(78) Además de remitirse a las reglas generales sobre resolución del contrato (*cf.* §§ 346-354 y 356 BGB), el § 13 *VerbKzG* establece, en su apartado 2, que el consumidor también debe resarcir al financiador los gastos hechos a consecuencia del contrato; e indica que en el cálculo de la remuneración por los aprovechamientos de la cosa que deben restituirse, se ha de incluir la disminución de valor producida durante el contrato.

(79) En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 96.

(80) BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 123-125; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 223-224; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 94.

(81) En cambio, BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 124-125) se preguntaba: «¿[y] qué ocurrirá cuando por la tenencia corresponda un alquiler inferior al 10 % o la depreciación comercial sea inferior al importe del desembolso inicial? ¿Se permitirá prueba al comprador de ello, a fin de que la reducción sea inferior?». Y respondía negativamente porque «la Ley dice que *en todo caso* el vendedor tendrá derecho a deducir el importe de reducción que a continuación establece que ha de considerarse como mínimo».

(82) No puede desconocerse, como hemos apuntado ya, la importancia que en consecuencia asume la determinación (y a quién se atribuya) de la (in)imputabilidad de la nulidad o de la resolución del contrato. El consumidor que quiera evitar la deducción (automática) de ciertas cantidades por el empresario tiene siempre la posibilidad de imputar al empresario esa ineficacia, con lo que decae el presupuesto esencial que justifica esa facultad.

se encuentra la principal ventaja otorgada por el art. 9 LCC al empresario: la posibilidad de deducir esas cantidades de lo ya pagado por el empresario presupone necesariamente ese cierto «automatismo».

Ahora bien, no puede ignorarse que la cuantificación legal de esas cantidades deducibles afecta a la validez de los pactos en cuya virtud el empresario, en caso de incumplimiento del consumidor, recupera el bien y se apropia de todas las cantidades abonadas por éste. Esta solución no cabe extrajudicialmente, y sólo será admisible a través de una determinación judicial del daño ocasionado al empresario. En ese plano judicial no hay inconveniente en que el empresario obtenga una indemnización superior a la prevista legalmente por la tenencia o la depreciación comercial o que sea resarcido por conceptos indemnizatorios distintos (83).

El art. 9 LCC permite que el empresario efectúe ciertas deducciones, lo cual obliga a plantearse la naturaleza de esta facultad. En mi opinión, parece articularse como una compensación por las cantidades que en su caso puede percibir legalmente como indemnización (84). Pensamos que este planteamiento responde mejor al funcionamiento de esta facultad que una concepción de la misma como una simple retención sin posibilidad de imputarlo al cobro de las sumas resarcitorias (85).

(83) Respecto a la venta a plazos, esta conclusión no ofrece demasiadas dudas para la doctrina, aunque se discuta la fundamentación de esta solución: BALDÓ DEL CASTAÑO (1974: 124) se apoya en una peculiar interpretación del art. 11.IV LVPBM; y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 223-227) acude a la aplicación supletoria del art. 1124 CC. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 95-96) mantiene una posición especial. Entiende que «las indemnizaciones que corresponden al vendedor, por los conceptos recogidos en el art. 11.II LVPBM, son esas, y no otras superiores o inferiores. Las expresiones que emplea el texto legal me parecen claras, en el sentido de agotar la indemnización posible por cada concepto indemnizatorio —que es *toda* esa, pero *sólo* esa—. Lo que se ha intentado es conseguir un mecanismo indemnizatorio fácil y sencillo, a trueque de perder algo en su flexibilidad». Para esta interpretación se basa en la Defensa en Cortes del Proyecto de Ley y rechaza que pueda producir resultados injustos (entre otros factores, dada la falta de límites de la indemnización por deterioro) o que puede aceptarse la aplicación complementaria o supletoria del art. 1124 CC. En cambio, sí admite la reparación de otros conceptos distintos a los expresamente mencionados en el art. 11 LVPBM, aplicando, ante el silencio de la Ley, el art. 1124 CC.

(84) En este sentido, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 227.

(85) Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 94), en el art. 11 LVPBM se contenía «un derecho del vendedor a retener las cantidades entregadas por el comprador, en tanto no se haya determinado el montante exacto de las deducciones procedentes al amparo del mismo precepto; y ello, aunque medie procedimiento judicial con dicha finalidad, por discrepar comprador y vendedor sobre tales cantidades».

a) *La indemnización por la tenencia de las cosas por el consumidor.*

En concepto de indemnización por la tenencia de las cosas, el empresario puede deducir el diez por ciento del importe de los plazos pagados. La primera cuestión que debe subrayarse se encuentra en la conexión entre esa tenencia y una cierta proporción de los plazos pagados. A juicio del Legislador, ese diez por ciento de los plazos se presenta como equivalente al uso de la cosa disfrutada por el consumidor (86). Que la tenencia de la cosa se evalúe en esa cantidad plantea algunos interrogantes al alejarse de los criterios generales. En efecto, ¿acaso el empresario no ha estado gozando de la tenencia de las cantidades pagadas por el consumidor? ¿no ha podido obtener intereses de esas sumas? ¿por qué se le concede una pretensión referida directamente a las cantidades abonadas y no a sus intereses, como parece lógica compensación por la tenencia del consumidor? El problema fundamental se plantea, a mi modo de ver, en relación a los eventuales intereses que el empresario haya podido obtener de esas sumas, con lo que se entrecruza el plano restitutorio con este ámbito resarcitorio. Si el empresario está obligado a restituir esos intereses, la deducción de ese diez por ciento se explica como correspondiente a la tenencia de la cosa. Ahora bien, si se defiende que la restitución sólo afecta a las prestaciones realizadas, y no a sus frutos, realmente no se comprende por qué el empresario deba ser beneficiado de modo que obtenga dos tipos de ingresos por un mismo concepto (87).

Este planteamiento, que presupone la restitución de los intereses obtenidos, puede relacionarse con otra interesante cuestión al hilo de la interpretación de esta previsión legal. La doctrina (88) ha puesto de manifiesto la inoportunidad de referir la facultad de deducción a los «plazos pagados» y no a los plazos vencidos. Se sugiere que una solución más adecuada hubiera sido condicionar las cantidades que podrían ser deducidas a los plazos vencidos y no a los abonados: el criterio legal permite que sea el consumidor quien fije el importe de esas cantidades deducibles por el empresario. La cuestión presenta cierta

(86) Por ello, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 223) apuntaba la similitud de la situación con una relación arrendaticia. Un planteamiento similar se encontraba ya en ANGULO (1929: 122-123), para considerar que el pacto comisorio en favor del vendedor no era justo ni equitativo porque éste hacía suyo además lo pagado por amortización. Acerca de la restitución del uso, con carácter general, *vid.* CARRASCO PERERA, 1988: 62-69.

(87) Salvo, claro está, que el Legislador conciba las diversas (o algunas) partidas explicitadas en el art. 9 LCC como medidas sancionatorias dada la imputabilidad al consumidor de la nulidad o la resolución del contrato.

(88) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 223; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 92; y, ahora, SERRA MALLOL, 1995: 6346.

importancia porque lo habitual será precisamente que el incumplimiento del consumidor en el pago de alguno de los plazos sea la causa que dé lugar a la aplicación de esta previsión (89). Parece que el Legislador quiere poner de manifiesto que la facultad de deducción se predica de las cantidades efectivamente abonadas en la medida que sólo de éstas se pueden percibir intereses. Pero lo que no puede obviarse es que (la duración de) la tenencia de la cosa será normalmente paralela al vencimiento de los plazos y no a su abono.

La referencia legal a los «plazos» suscita un ulterior problema al relacionarlo con el desembolso inicial o «entrada». La cuestión radica en determinar si ese desembolso inicial se somete al mismo régimen que los plazos y, por tanto, cabe deducir un diez por ciento del mismo en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador (90). A mi juicio, el diez por ciento relativo a los plazos pagados no puede incluir el desembolso inicial (91). La «entrada» tiene su régimen en el apartado b) del art. 9 LCC y se encuentra sometida a una solución distinta: ¿qué debería deducir el empresario si el consumidor sólo desembolsa la cantidad inicial (inferior al veinte por ciento) y no llega a abonar ningún plazo?

Por último, teniendo en cuenta la función que hemos asignado a la indemnización por este concepto, cabe plantear la razón por la que se ha establecido un porcentaje fijo (el diez por ciento) y no un criterio variable en función del tipo de interés legal del dinero (92). La razón parece estar en la mayor sencillez de la solución de la Ley de Crédito al Consumo, que evita al empresario tener que justificar, con referencia a esos índices oficiales, la proporción deducida (93). Con todo no debe ignorarse que, en virtud de la mayor o menor adecuación de ese criterio del diez por ciento al interés bancario, una u otra parte resultará indirectamente beneficiada.

(89) Recuérdese que la ineficacia contractual no debe ser imputable al empresario. En el art. 11 LVPBM, su presupuesto de aplicación era precisamente que el comprador demorara «el pago de dos plazos o del último de ellos», sin perjuicio de la posibilidad judicial, excepcional y discrecional, de alargar o alterar los plazos convenidos en caso de infortunio del deudor (*cfr.* art. 13 LVPBM). Acerca de los problemas interpretativos suscitados por aquel presupuesto, *vid.* BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 114-116; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 216-219; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 89-92.

(90) Obsérvese que el art. 6.6.^a LVPBM hablaba de «importe del primer plazo o desembolso inicial».

(91) También SERRA MALLOL (1995: 6346) excluye la entrega a cuenta de este primer concepto indemnizatorio.

(92) O incrementado en algún punto.

(93) Puede también alegarse como precedente el art. 11 LVPBM que consagraba el mismo tipo, aunque las circunstancias socio-económicas en que se dictó ese precepto no fueran parangonables.

b) *La indemnización por la depreciación comercial del objeto.*

En concepto de indemnización por la depreciación comercial de la cosa vendida, el empresario puede deducir una cantidad igual al desembolso inicial. Ahora bien, esta deducción tiene el límite de no poder superar la quinta parte del precio de venta: cuando el desembolso inicial sea superior a esa proporción, la deducción queda reducida al veinte por ciento del precio de venta.

La Ley de Crédito al Consumo equipara la depreciación comercial con el desembolso inicial, prescindiendo, en principio, de las circunstancias concurrentes en cada supuesto (94). Una depreciación eventualmente más elevada podrá, en su caso, ser resarcida a través del concepto más amplio de deterioro, previsto con carácter autónomo por el art. 9 LCC, o por aplicación de criterios generales (*cf.* arts. 1101 y 1124 CC) (95).

El límite del veinte por ciento del precio de venta tiene como finalidad evitar que, a través de la exigencia contractual de un desembolso inicial más elevado, el empresario pueda deducir una cantidad superior, en perjuicio del consumidor. En cambio, el art. 11.II.2 LVPBM permitía que el empresario se quedara con una cantidad igual al desembolso inicial, sin prever porcentaje limitativo alguno (96). La Ley de Crédito al Consumo no impide que la entrada sea más cuantiosa, si

(94) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 223-224) cuestionaba esta equiparación porque «la depreciación comercial de una mercancía no es algo fijo, ni tiene ninguna relación lógica con el desembolso inicial de la compraventa a plazos (...) [L]a depreciación comercial puede ser menor, puede no existir y puede ser incluso “positiva”, es decir, convertirse en plusvalor (...) Aquí se echa pues en falta la posibilidad de aplicar el principio de *compensatio lucri cum damno*. Si la revalorización de la mercancía es suficientemente grande, puede compensar y superar los daños que el vendedor sufra por la resolución. De ahí que la concepción abstracta y fragmentaria que la Ley tiene del daño y de la indemnización en este caso sea criticable».

(95) Dado el peculiar tratamiento que recibe ese desembolso inicial, cabe sugerir que cuando revista cierta importancia en relación a las cantidades abonadas por el consumidor, la otra parte puede sentirse más inclinada a la resolución del contrato en caso de incumplimiento de algún plazo. Como señalaba MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 91), no parece habitual que el vendedor opte por la resolución de la venta a plazos cuando el comprador deja de pagar el último plazo: debería devolver parte de las cantidades recibidas y recuperaría un bien usado durante un período prolongado, con una importante depreciación. Esta conclusión resulta, a mi juicio, del carácter tasado que la Ley (tanto de Crédito al Consumo como de Venta a Plazos de Bienes Muebles) asigna a la indemnización por depreciación.

(96) Conforme al art. 6.6.^ª LVPBM, una de las circunstancias obligatorias que debía contener el correspondiente contrato era «[e]l importe del primer plazo o desembolso inicial, cuyo mínimo se fijará por las disposiciones que desarrollen esta Ley». El desarrollo reglamentario del desembolso mínimo tomaba en consideración las características del bien que se adquiría, estableciendo porcentajes, modificados en sucesivas normas, entre el diez y el treinta y cinco por ciento del precio al contado.

convencionalmente así se determina: lo único que pretende es la exclusión del sentido resarcitorio de esa cantidad por encima de la quinta parte del precio en caso de resolución o nulidad no imputable al empresario. Pero, en cualquier otra circunstancia, la cláusula despliega plenamente su eficacia (97).

Obsérvese que no se indica que el empresario puede deducir el desembolso inicial, sino una cantidad igual al mismo: dadas las características del dinero como objeto de la prestación, la cantidad entregada como desembolso inicial habrá perdido autonomía en el patrimonio del empresario.

c) *La indemnización por el deterioro de la cosa.*

Por el deterioro de la cosa, si lo hubiere, el empresario podrá exigir la indemnización que en derecho proceda. Sistemáticamente, la estructura del art. 9 LCC presenta ciertas oscuridades al igual que la del art. 11 LVPBM (98). En el esquema del art. 9 LCC, la referencia al deterioro de la cosa no constituye formalmente un tercer apartado, paralelo a las indemnizaciones por tenencia y por depreciación comercial. Cabe plantear, por tanto, la duda acerca de su autonomía o de su íntima relación con el apartado b), relativo a la depreciación comercial. En mi opinión, la estructura del precepto pretende poner de manifiesto la autonomía de ese concepto indemnizatorio. La intención del Legislador ha sido excluir la indemnización por el deterioro de la cosa vendida del ámbito de la facultad de deducción del empresario («podrá exigir», y no «tendrá derecho a deducir»). De este modo, las cuestiones indemnizatorias tiene dos regímenes distintos en el art. 9 LCC. Por un lado, a consecuencia de la tenencia y la depreciación, el empresario puede deducir ciertas cantidades. Por otro, ante la existencia de deterioro, puede exigir la indemnización que en derecho proceda. Naturalmente esa posibilidad de deducir hace que aquel régimen sea más favorable para el empresario (99).

(97) El art. 6.9.ª LVPBM exigía que constara en el contrato la parte del precio financiada por un tercero, especificando que «[e]n ningún caso podrá referirse al desembolso inicial, que correrá siempre a cargo del comprador». Esta especificación, que tenía la bienintencionada finalidad de evitar un recurso excesivo al crédito, ha desaparecido de la Ley de Crédito al Consumo y no hay, por tanto, obstáculo alguno para que todo el precio sea financiado por un tercero, incluyendo, naturalmente, el desembolso inicial.

(98) En este precepto no podía saberse si la indemnización derivada del deterioro constituía un tercer concepto, distinto a la tenencia y a la depreciación comercial, o una concreción de esta última, ya que constituía un párrafo sin numeración propia.

(99) La situación autónoma de la referencia al deterioro plantea una cuestión adicional: ¿se exige la imputabilidad para reclamar por el deterioro? Dos son, en principio, las posibles soluciones: autonomía respecto a la imputabilidad y a la facultad de deducción (ni hace falta imputabilidad, ni puede deducirse); y autonomía sólo respecto a la facultad de deducción (se exige inimputabilidad, pero no puede deducirse). Esta última es, a mi juicio, la interpretación correcta: sea por aplicación de la exigencia contenida en el primer párrafo del art. 9 LCC, sea por aplicación de criterios generales, no parece adecuado que el empresario pueda exigir una indemnización por causas que le sean imputables.

Para perfilar el alcance de este concepto, la doctrina (100) indica que el deterioro al que alude el art. 9 LCC no puede ser el normal, causado por el uso de la cosa, ya que éste queda subsumido en las indemnizaciones por tenencia y depreciación comercial del bien (101).

La comparación con el art. 11 LVPBM ofrece otras cuestiones de interés. No se ha recogido la previsión de su penúltimo párrafo que establecía que «[s]i el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el vendedor se reintegre de los conceptos mencionados en este artículo, quedarán a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento». Con este párrafo, incluso la indemnización por deterioro, aunque debía reclamarse conforme a derecho, podía ser satisfecha con los plazos abonados (102). Lo único que se pretendía era dejar claro que la indemnización al vendedor no se limitaba necesariamente a los plazos ya pagados (103). La supresión de esta regla acentúa la peculiaridad de la indemnización por deterioro porque, sin estar incluida en la facultad de deducir, carece de apoyo para satisfacerse directamente en los plazos pagados.

Las diferencias no se reducen a la facultad de deducir de lo ya abonado por el consumidor, sino que afectan a otros aspectos de la pretensión del empresario. Nada dice el art. 9 LCC sobre la prueba del daño ocasionado al empresario por la tenencia o la depreciación comercial, con lo que parece que, dada la inimputabilidad de la ineficacia, la deducción es inmediata. En cambio, en relación al deterioro, se especifica que podrá exigirse «si lo hubiere», lo cual parece indicar la necesidad de acreditarlo (por parte del empresario) para fundamentar su pretensión. La indemnización en concepto de deterioro depende, pues, de la existencia del mismo. Con ello, a diferencia de lo que ocurre respecto a la indemnización por tenencia y depreciación comercial, el resarcimiento por deterioro tiene, desde el primer momento, carácter eventual.

El art. 9 LCC no cuantifica el alcance de la indemnización por deterioro de la cosa vendida (104). Mientras que, en relación a la tenencia

(100) BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 125; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 225; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 93.

(101) El art. 6.2.II LCCFEM establece expresamente que «el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa».

(102) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 92.

(103) Así, según BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1977: 227), la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles acude a la figura de la compensación (disminución de la obligación de devolución) para todas las indemnizaciones que puedan surgir «por ser el más simple y, sobre todo, el más seguro para el vendedor. Pero no supone un límite para las reclamaciones del vendedor. Así se desprende de este párrafo 4.º del art. 11». Conforme, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 93.

(104) Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 92), significa una remisión a la regulación general.

y a la depreciación comercial, se establecen legalmente sus cuantías, ese precepto nada indica acerca del monto de la indemnización por ese concepto. Esta falta de límites, unida al sentido más general que tiene la noción de deterioro, permiten pensar que este concepto indemnizatorio puede cumplir una función residual en el plano resarcitorio. La cuestión dependerá, sin embargo, de la admisión o del rechazo de una acción indemnizatoria general basada en la existencia, aún más general, de daño, como preveía el art. 11 LVPBM al aludir a las «pertinentes acciones de resarcimiento».

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse qué sentido tiene la previsión legal en orden al deterioro. ¿Acaso el silencio de la Ley hubiera significado la imposibilidad de que el empresario exigiera ese resarcimiento? Y a la inversa, ¿cercena cualquier otro concepto indemnizatorio la referencia al deterioro de la cosa? En verdad, en el art. 9 LCC, la alusión al deterioro aporta bien poca cosa, ya que permitir la exigencia de la indemnización que en derecho proceda nada añade a las expectativas del empresario (105). El (incompleto) grado de fidelidad del art. 9 LCC al art. 11 LVPBM explica la imperfecta solución actual. Como hemos visto, el destino de los plazos abonados en orden a la reintegración del vendedor se contenía, junto a la posibilidad de ejercitar acciones de resarcimiento, en ese precepto. Con ello, la indemnización por deterioro podía satisfacerse con esas sumas, aunque siempre hubiera que acreditar su existencia y cuantía. Suprimida esa «afección» de las cantidades pagadas por el consumidor, la referencia al deterioro es un mero recordatorio que nada incorpora a la posición del empresario. Además, en mi opinión, no hay obstáculo para que el empresario pueda obtener indemnización por conceptos distintos a los previstos legalmente en el art. 9 LCC; lo único que ocurre es que se verán sometidos al régimen general y no gozarán de la especial ventaja de ser directamente deducibles de los plazos abonados. Desde este punto de vista, la carencia de límite alguno en relación al deterioro constituye un buen argumento para afirmar la indemnizabilidad de cualquier otro daño, dentro de los criterios generales. El art. 9 LCC no establece límites al daño resarcible sino que somete a un particular régimen alguna de sus fuentes, impidiendo el comiso de toda suma abonada por el consumidor.

Otro aspecto que subraya las diferencias entre la indemnización por deterioro y otros conceptos resarcitorios se encuentra en el grado de la intervención judicial. Ya hemos señalado la general transcendencia de ese control en cuanto a la (in)imputabilidad, pero en orden al resarcimiento por deterioro los tribunales deben determinar extremos aún más concretos como son la propia existencia del deterioro y su cuantía (106).

(105) Si tiene posibilidades de conseguir esa indemnización por el deterioro no es cuestión que dependa del art. 9 LCC, sino de criterios contenidos en otras normas y que, por tanto, no necesitan completarse con aquel precepto.

(106) *Vid.* BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 225.

7. LA RELACIÓN DEL SISTEMA DEL ART. 9 LCC CON LAS REGLAS GENERALES CONTRACTUALES

Una de las cuestiones fundamentales que suscitó la atención de la doctrina en relación al art. 11 LVPBM radicaba precisamente en la relación de esa norma con el más general art. 1124 CC (107). La Ley de Crédito al Consumo tampoco se plantea la cuestión y nuevamente exige una labor interpretativa para determinar el ámbito de aplicación de cada precepto. La cuestión fundamental sigue siendo en qué medida se ve afectado el particular régimen del art. 9 LCC por la existencia de una disposición general como la del art. 1124 CC.

Bajo la Ley de 1965 el alcance del art. 1124 CC no constituía un problema simplemente dogmático sino que tenía importantes repercusiones prácticas (108), en especial en orden a la admisión de otras indemnizaciones, aparte de las plasmadas en el art. 11 LVPBM, o la posibilidad del *ius variandi* del empresario, cuando el cumplimiento resultare imposible (art. 1124.II CC) (109).

(107) MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 86, nt. 7) niega la relación entre la venta a plazos sujeta a la Ley especial y el art. 1505 CC, por el carácter consensual de la compraventa a que se refiere el Código y porque precisamente en la venta a plazos se ha pactado una mayor dilación para el pago.

(108) En la STS de 1 de marzo de 1990 [Ponente: Sr. González-Alegre y Bernardo (A.C. 537)], respecto a un contrato de venta de un tractor camión, se admite la resolución y se niega la indemnización por deterioro por falta de prueba; y se afirma que la aplicación del art. 11 LVPBM es preferente y suficiente porque regula el tema del resarcimiento del daño, sin que sea necesario acudir al art. 1124 CC: «además que la cuestión quedaría resuelta del mismo modo toda vez que la condena a la indemnización de daños y perjuicios del art. 1124 CC está supeditada o exige la demostración de los hechos que la justifican, esto es, cual se prevé en el art. 11 de la Ley especial». La STS de 3 de febrero de 1994 [Ponente: Sr. Martín-Granizo Fernández (A.C. 573)] admite la resolución de un contrato de venta a plazos de un túnel de congelación. La compradora alegaba la inaplicación de los criterios del art. 1124 CC para dar lugar a la resolución, pero el Tribunal Supremo afirma que el art. 11 LVPBM «hace inoperante el citado art. 1124 CC, por lo que no son de tener en cuenta sus exigencias en orden a la resolución contractual, bien que cual ha quedado explicitado, en este concreto supuesto, las mismas se hayan cumplido», pues la compradora sólo había abonado los cuatro primeros plazos de los veinticuatro previstos. En cambio, en la STS de 10 de marzo de 1984 [Ponente: Sr. Fernández Martín-Granizo (R.A.J. 1210)] se aplica el art. 1124 CC en un caso de mal funcionamiento de un tractor, que presentaba defectos constructivos y que, además, antes de ser entregado al comprador sufrió una caída durante el traslado; el Tribunal Supremo rechaza la alegación de la recurrente en orden a la aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, por una cuestión procesal, dada la imprecisión acerca de los preceptos de esa Ley que se consideraban infringidos.

(109) Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 87-88. Una referencia a la jurisprudencia más reciente sobre la cuestión en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1995: 195-196.

Entre las diversas posturas doctrinales respecto al art. 11 LVPBM, destacaba la que lo calificaba como una aplicación particular, en los contratos de venta a plazos sometidos a la legislación especial, del art. 1124 CC (110). Dado su concreto ámbito de aplicación, el art. 11 LVPBM llegaba a precisar la respuesta normativa de un modo más completo que la regla general, que debía ofrecer soluciones para todos los casos de obligaciones recíprocas.

Tampoco faltaba quien negaba (111) la aplicabilidad del art. 1124 CC por su conexión con el carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones: el carácter real de las ventas a plazos (*cf.* arts. 2 y 9 LVPBM) suponía que debían existir obligación de entrega del vendedor (112).

Más recientemente, se ha considerado (113) aplicable el art. 1124 CC a la venta a plazos (en cuanto generadora de prestaciones correspondientes), aunque no siempre por vía supletoria, sino, en ocasiones, por vía analógica: la *eadem ratio* consistía en la atribución al incumplimiento contractual de consecuencias similares (elección entre cumplimiento y resolución). Sin embargo, se destaca que el art. 11 LVPBM (y también el art. 13 LVPBM) deja(n) poco espacio para la aplicación del art. 1124 CC. Por ello, se afirma que el art. 11 LVPBM no es una especie dentro del género del art. 1124 CC, sino que ambos son dos especies similares del mismo género «consecuencias del incumplimiento». En último lugar, se indica que no toda omisión de la Ley de 1965 debe ser calificada automáticamente de laguna y salvada con el recurso al art. 1124 CC, sino que no puede contrariarse el espíritu del art. 11 LVPBM (114).

En relación con el art. 9 LCC, la discusión no puede plantearse en los mismos términos. Dos datos merecen ser tomados en consideración: por una parte, el enfoque legal desde la perspectiva fundamental del crédito al consumo, teniendo una relevancia secundaria las formas de adquisición de los bienes. La cuestión es de importancia ante las objeciones que se basaban en el particular carácter real de la venta a plazos en la Ley de 1965. La Ley de Crédito al Consumo no aborda, ni tenía por qué, ese problema, pues no entra en la naturaleza del instrumento de financiación, que puede ser muy diversa (art. 1.1 LCC). Por otra parte, el art. 9 LCC tiene un alcance menor que el art. 11 LVPBM:

(110) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 215-216.

(111) BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 112-113.

(112) Acerca de la naturaleza de la venta a plazos, *vid.*, entre otros, BALDÓ DEL CASTAÑO, 1974: 64-82; TORRES LANA, 1975: 613-621; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, 1977: 123-126 y 202-209; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 61-64.

(113) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 87-88.

(114) Aunque MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988: 88) añade: «[n]aturalmente, en lo no regulado por la LVPBM, explícita o implícitamente, sería de aplicación el art. 1124 como a cualquier otro contrato con prestaciones correspondientes».

nada se dice acerca de la facultad de exigir el cumplimiento de los plazos no abonados o de otras acciones de resarcimiento, aparte de las mencionadas explícitamente. De ello resulta que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles demostraba, a la vez, mayor preocupación por ofrecer un sistema de mecanismos de protección del crédito y por determinar sus relaciones con las normas generales.

La regulación de la liquidación de las relaciones contractuales por parte de la Ley de Crédito al Consumo tiene un carácter manifiestamente incompleto. No se trata sólo de obviar algunas cuestiones, como las mencionadas, que sí se contenían en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, sino que incurre en las mismas omisiones: ¿qué sucede cuando la ineficacia es imputable al empresario? (115) ¿Puede reclamar el consumidor algún tipo de indemnización? Obsérvese que la cuestión de la restitución de las prestaciones realizadas ya se soluciona con la primera frase del art. 9 LCC, dado su carácter general (116), pero nada se dice acerca de la posibilidad de que el consumidor sea resarcido por los daños causados. La aplicación de los arts. 1124 y 1101 CC determina que sea admisible esta pretensión indemnizatoria (117), aunque por razones evidentes no pueda estar sujeta al mismo régimen de favor previsto para el empresario (118). El art. 15.1 LCC, sin prejuzgar los remedios que corresponden al consumidor, se refiere, en un caso de incumplimiento del empresario, precisamente a la obtención por aquél de la satisfacción a la que tiene derecho, con lo cual se está estableciendo un importante criterio delimitador de los mecanismos de protección del consumidor.

(115) Un caso evidente se encuentra en el incumplimiento de la forma escrita exigida por el art. 6.1 LCC, que da lugar a la nulidad del contrato (*cf.* art. 7.1 LCC). ALFARO ÁGUILA-REAL (1994: 1042) duda del alcance tuitivo para el consumidor de esta previsión, ya que por aplicación del art. 1303 CC, las partes deberán restituirse las prestaciones y, en consecuencia, el consumidor debería devolver inmediatamente el crédito obtenido. A mi juicio, la valoración del sentido de esa regla debe hacerse tomando en consideración no sólo las reglas generales del Código Civil, sino también el art. 9 LCC.

(116) En este punto, la Ley de Crédito al Consumo resulta más adecuada que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, porque el presupuesto de aplicación de su art. 11 se limitaba a casos de incumplimiento de las obligaciones del comprador y omitía cualquier referencia al incumplimiento del vendedor. Como el art. 9 LCC condiciona la restitución al efecto (recuperación del bien por el empresario) sin restringir la causa, no hay inconveniente en aplicar la restitución recíproca a otros supuestos.

Del mismo modo, la falta de toda precisión en el art. 9 LCC acerca del hecho desencadenante de la resolución del contrato acentúa su coincidencia con el art. 1124 CC, que simplemente se refiere a incumplimiento; por el contrario, el art. 11 LVPBM se fijaba en ciertos y particulares incumplimientos del comprador.

(117) En relación al incumplimiento del vendedor en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la aplicación directa y no analógica del art. 1124 CC es admitida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 88-89.

(118) No puede deducir las sumas de la indemnización porque, por hipótesis, la prestación del empresario no es dineraria. Cabe cuestionar si, además de la previsión del art. 15 LCC, hubiera sido conveniente establecer otros mecanismos en favor del consumidor (como un derecho de retención de la cosa).

BIBLIOGRAFÍA.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús
1994, «Observaciones críticas al proyecto de Ley de Crédito al Consumo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre, pp. 1031-1053.
- 1995, «Crédito al consumo (Derecho Mercantil)», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, «Cor-Ind», Civitas, Madrid, pp. 1795-1799.
- ALPA, Guido
1994, «L'attuazione dell direttiva comunitaria sul credito al consumo», *Contratto e Impresa*, 1, pp. 6-13.
- ALPA, Guido; y BESSONE, Mario
1975 «Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di "credito al consumo"», *Rivista delle Società*, pp. 1359-1373.
- AMORÓS DORDA, Francisco Javier
1987, «La Directiva 87/102 CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 2, septiembre, pp. 123-145.
- ANGULO, L.
1929, «Compraventa a plazos, con reserva temporal de propiedad a favor del vendedor», *Revista de Derecho Privado*, n.º 187, pp. 121-124.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, Vicente
1974, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Tecnos, Madrid, Prólogo de Luis Díez-Picazo, 280 pp.
- BADOSA COLL, Ferrán
1990, *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona/Barcanova, Barcelona, 392 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo
1977, *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 481 pp.
- CARRASCO PERERA, Ángel
1987, «Restitución de provechos (I)», *Anuario de Derecho Civil*, t. XL, fasc. IV, octubre-diciembre, pp. 1055-1149.
- 1988, «Restitución de provechos (y II)», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLI, fasc. I, enero-marzo, pp. 5-151.
- CASADO CERVIÑO, Alberto
1983, «El crédito al consumo y la protección de los consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre, pp. 481-530.
- 1987, «Directiva comunitaria en materia de crédito al consumo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio, pp. 438-439.
- DI MAJO, Adolfo
1987, *La tutela civile dei diritti, in Problemi e metodo del diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 370 pp. [existe ed. posterior].
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis
1993, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 4.ª ed., 895 pp.
- 1994, «La liquidación de las nulidades contractuales», en AA.VV., *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, dirigido por José Ramón Ferrándiz Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 113-123.
- FERRANDO, Gilda
1991, «Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti», *Rivista del Diritto Commerciale*, parte I, pp. 591-649.

- GARCÍA SOLÉ, Fernando
1996, «La nueva Ley de Crédito al Consumo y la financiación de ventas a plazos», *La Ley*, n.º 4040, 21 de mayo, pp. 1-7.
- GÓMEZ DE MENDOZA, María
1993, «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», *La Ley*, vol. 3, pp. 789-794.
- GORGONI, Marilena
1994, *Il credito al consumo*, Giuffrè, Milano, 278 pp.
- JORDANO FRAGA, Francisco
1987, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 598 pp.
- LA ROCCA, Delia
1980, «Credito al consumo e sistema dei finanziamenti», *Politica del Diritto*, pp. 429-466.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen
1995, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 383 pp.
- LUMINOSO, Angelo
1990, «I rimedii generali contro l'inadempimento del contratto», en A. LUMINOSO, U. CARNEVALI y M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, t. I, vol. 1, Art. 1453-1454, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli editore-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, pp. 1-39.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos
1987, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Tecnos, Madrid, 191 pp.
1995, «Ocho años de jurisprudencia sobre ventas a plazos de bienes muebles (1987-1994)», *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 181-210.
1996, «Sobre la regulación legal de la financiación al consumidor: de la Ley de Ventas a Plazos a la Ley de Crédito al Consumo», *Actualidad Civil*, n.º 36, 30 septiembre-6 octubre, pp. 795-809.
- MUÑOZ CERVERA, Miguel
1995, «Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 17, septiembre, pp. 199-213.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando
1991, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fasc. III, julio-septiembre, pp. 1019-1091.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel
1990, «Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos al consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento», *Estudios sobre Consumo*, pp. 11-27.
- PETIT LAVALL, M.ª Victoria
1996, *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 286 pp.
- RIVERO ALEMÁN, Santiago
1995, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 672 pp.
- ROJO AJURIA, Luis
1993, «El crédito al consumo», en AA.VV., *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. II, *Derecho Privado*, Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho, pp. 315-329.
- SÁNCHEZ HERRERO, José Ramón
1996, «Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Actualidad Civil*, n.º 31, 26 agosto-1 septiembre, pp. 705-723.

SERRA MALLOL, Antonio J.

1995, «Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación», *Revista General de Derecho*, n.º 609, junio, pp. 6337-6363.

TIDU, Alfredo

1987, «La direttiva comunitaria sul credito al consumo», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, pp. 727-732.

1992, «Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (Legge 19 febbraio 1992, n. 142, artt. 18-24)», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, pp. 403-411.

TORRES LANA, José Ángel

1975, «Notas críticas a la Ley de venta de bienes muebles a plazos», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, pp. 601-635.

UBERTAZZI, Luigi Carlo

1988, «Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni», *Giurisprudenza Commerciale*, parte I, pp. 321-346.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La mora en el Código Civil de Perú de 1984 (*)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS (**)

SUMARIO: I.— Introducción. II.— Mora del deudor. Elementos. a) Efectos de la mora del deudor. b) Purga de la mora. c) La mora y las obligaciones recíprocas. III.— Mora «ex persona». IV.— Excepciones a la interpelación: a) Antecedentes del inciso 2 del art. 1333. b) Plazo esencial. c) El plazo como «motivo determinante». V.— Mora y obligaciones de dar sumas de dinero. VI.— Mora y obligaciones de no hacer. a) Justificación doctrinaria. Diferentes tipos de inactividad. b) Soluciones legislativas. c) El Código peruano de 1984. VII.— Mora del acreedor. a) Efectos de la mora del acreedor. VIII.— Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

He elegido como tema de este estudio el régimen de la mora por el parentesco que existe entre el Código civil peruano y varias legislaciones hispanoamericanas que adoptan el sistema de la mora «ex persona», consagrando como excepción a la necesidad de interpelar aquellos casos en que de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del plazo de cumplimiento fue un «motivo determinante», excepción que reconoce como antecedente uno de los artículos del proyecto español de 1851, también llamado Proyecto de García Goyena, como lo hemos de ver luego con más detenimiento.

(*) Ponencia presentada al Congreso celebrado en conmemoración de los diez años de vigencia del nuevo Código civil de Perú (Lima, septiembre 1994).

(**) Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina); Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

II. MORA DEL DEUDOR. ELEMENTOS

Para que haya «mora» del deudor deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le sea imputable. Es menester, por tanto, la presencia de varios requisitos o elementos:

- 1.º) **Elemento material.** El retraso en el cumplimiento de la obligación. Para que podamos hablar de «retraso» la obligación debe ser exigible, de plazo vencido y válida.

Si la obligación tuviese causa ilícita (por ejemplo, las deudas de juegos prohibidos), no sería válida, ni exigible y, en consecuencia, no podría existir respecto a ella la situación de mora.

Examinemos distintos tipos de obligaciones civiles para ver como funciona la mora: tenemos las de dar, hacer y no hacer. Respecto a estas últimas un gran sector de la doctrina afirma que no puede hablarse de mora; por nuestra parte entendemos, y así lo hemos desarrollado en otros trabajos, que existen algunas obligaciones de «no hacer», en las que la mora es posible (1), punto al que dedicaremos especial atención en el apartado VI de este trabajo.

Por su parte en las obligaciones de dar o de hacer el retardo no suele importar forzosamente «incumplimiento» definitivo (salvo que se estuviese frente a hipótesis de «plazo esencial»), sino solamente «mora» mientras continúe siendo posible y útil que el deudor cumpla la prestación, aunque de manera tardía (2).

Hablamos, pues, de «mora» cuando —pese al retraso— todavía es »posible» y «útil» que se ejecute la prestación.

- 2.º) **Imputabilidad.** Hemos dicho que el «retardo» es un elemento de la mora, pero puede suceder que pese al retraso, a la existencia de un plazo vencido que torna la obligación plenamente exigible, todavía no haya mora.

Debe sumarse un elemento subjetivo: la imputabilidad del retardo, es decir que se deba a dolo o culpa del deudor (3). Por eso decimos que la mora del deudor «es el atraso en la ejecución de la prestación, en forma contraria al derecho e imputable al deudor». El nuevo Código de Perú consagra este requisito indirectamente, en su art. 1336, al permitir al

(1) Ver el apartado II de nuestro trabajo: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, abril 1975, p. 351.

(2) Conf. Felipe OSTERLING PARODI: «La mora del deudor», *Themis*, 2.ª época, 1987, N.º 8, p. 55.

(3) Conf. OSTERLING PARODI, Trabajo y lugar citados en nota anterior.

deudor sustraerse a los efectos de la mora «probando que ha incurrido en retraso sin culpa».

- 3.º) **Interpelación.** El tercer elemento es la intimación, o «interpelación», característico de la mora ex persona, aspecto que trataremos en el siguiente apartado.

El Código peruano no entra en detalles respecto a cómo debe ser efectuado el requerimiento, y en qué casos es o no válido, expresando solamente que esta exigencia de cumplimiento puede realizarse por vía judicial o extrajudicial (4).

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, consideran que no basta la simple interpelación por parte del acreedor, sino que es menester que éste preste su colaboración para la ejecución de la obligación: por ejemplo, en las obligaciones alternativas, que elija el objeto de la prestación; o que dé instrucciones respecto a la forma en que debe cumplirse una obligación de hacer. Si el acreedor no prestase su colaboración el requerimiento no surtiría efectos y el deudor no incurriría en mora.

a) Efectos de la mora del deudor.

Los principales efectos de la mora son dos: en primer lugar, la obligación del deudor de indemnizar en dinero los daños y perjuicios ocasionados por la demora en cumplir la obligación, es decir una indemnización de carácter pecuniario. En segundo lugar, el deudor es responsable de los riesgos de la cosa, es decir lo que se llama el «periculum».

Si la cosa perece por caso fortuito antes de la constitución en mora, el deudor no responde; por ejemplo, si el deudor estaba obligado a entregar un caballo y el animal muere afectado por una epidemia, o ahogado por una inundación, es decir por una causa no imputable a culpa del deudor, éste queda liberado. Pero si ese deudor ya estaba constituido en mora, el riesgo por la muerte del animal, o la pérdida de la cosa, pesa sobre él y estará obligado a indemnizar al acreedor; vale decir que los riesgos de la cosa, o «periculum», corren por su cuenta.

Creemos conveniente destacar la diferencia que hay entre la indemnización por mora, y la indemnización por incumplimiento: en el caso de mora se continúa debiendo la prestación, y junto con ella los daños moratorios. En cambio la indemnización por incumplimiento se debe en lugar, o en reemplazo, de la prestación principal y tiende a poner al acreedor en la misma situación en que se hubiera encontrado si no se hubiese producido el incumplimiento.

(4) OSTERLING PARODI, en las p. 57 y ss. del trabajo que hemos citado, se ocupa con detenimiento de la interpelación.

El artículo 1336 dispone que:

«El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. ...»

Fácilmente advertirán que la norma, en primer lugar, presume que la prestación se ha de cumplir, aunque sea tardíamente. En segundo lugar, si la mora se transforma en incumplimiento definitivo, cargará también con los daños que ha ocasionado, aunque la pérdida de la cosa sobreviniese por caso fortuito o fuerza mayor no imputables al moroso.

b) **Purga de la mora.**

Los efectos de la mora, es decir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, y el «periculum», pueden cesar en algunas circunstancias.

En primer lugar (caso general), si el deudor paga la obligación, aunque lo haga tardíamente, los efectos de la mora cesarán a partir del momento en que ejecute la prestación, pero el deudor deberá cargar con las consecuencias dañosas que produjo su mora hasta el momento en que pagó.

Otra causa de cesación de los efectos de la mora es la renuncia del acreedor, a quien nada le impide abdicar a un derecho que ya le pertenece.

El derecho a reclamar los daños y perjuicios moratorios, o los que hubiese ocasionado la pérdida de la cosa, es un derecho establecido exclusivamente en interés particular del acreedor; no está interesado en manera alguna el orden público, que es lo que pone límites a la renunciabilidad de algunos derechos (5).

Además, en este caso no habría una renuncia anticipada a la protección legal, porque el derecho ya ha nacido. Generalmente lo que la ley prohíbe es la renuncia anticipada a los beneficios que ella concede.

(5) Los tribunales argentinos han dicho que: «nada obsta a la renuncia del acreedor a hacer valer los derechos emergentes de la mora, renuncia que puede ser parcial si se refiere solamente a algunos efectos determinados que debe ser apreciada con criterio restrictivo y que, en cuanto a su forma, puede ser expresa o tácita, pues aun cuando ella no se presume es posible inducirla con entera certidumbre de la conducta del acreedor», Cámara Civil de la Capital, sala A, 14 de febrero de 1978, «Dzierewianko, Olga c/ Ital Construcciones S.A.», El Derecho, caso 30.699.

Finalmente diremos que los efectos de la mora también pueden extinguirse por prescripción, si el acreedor deja vencer los plazos establecidos por la ley sin ejercitar el pertinente reclamo.

c) La mora y las obligaciones recíprocas.

El artículo 1335 del nuevo Código dispone que «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

Se trata de un principio básico de justicia conmutativa, que impide a una de las partes exigir cumplimiento, si a su vez no se presta a cumplir la obligación a su cargo.

III. MORA «EX PERSONA»

El derecho peruano mantiene su adhesión al sistema de la mora personal, que en el país tiene vieja tradición, pues fue el adoptado por el Código de 1852 (art. 1264), y también en el de 1936 (art. 1254) (6), normas que sirven de antecedente a la solución consagrada en el Código de 1984 (art. 1333) (7).

Ya en 1936 los autores de ese cuerpo legal reconocen, en la Exposición de Motivos, que «parece acentuarse en el derecho científico la opinión de que la mora personal debe aplicarse a las obligaciones de plazo incierto y no a las de plazo fijo, en que la simple estipulación del

(6) Código civil de Perú de 1936: «Art. 1254.— Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1.— Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente;
- 2.— Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.»

(7) Código civil de Perú de 1984: «Art. 1333.— Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

- 1.— Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2.— Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3.— Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.— Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.»

término dispensa al acreedor de practicar acto alguno» (8), pero eligieron deliberadamente continuar exigiendo la intimación al deudor como un requisito indispensable, por considerar que «si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para suponer que la demora no le irroga daño apreciable y en este caso debe preferirse la solución más benévola» (9); el Código vigente prosigue esa misma línea. Se trata de una aplicación del viejo principio del «favor debitoris» (10).

Aunque estimamos que los cambios que la realidad económica actual ha introducido en el mundo moderno hacen aconsejable sustituir este sistema por el de la mora automática para las obligaciones a plazo determinado (11), no podemos silenciar que en países que abandonaron el sistema de la mora «ex persona», como Argentina en 1968, al producirse el cambio legislativo se alzaron voces prestigiosas, como la del recordado maestro Jorge Joaquín LLAMBÍAS (12), y el profesor de Mar del Plata, don Pedro Néstor CAZEAUX (13) defendiendo el

(8) Ver «Exposición de Motivos» en Fernando GUZMÁN FERRER, Código Civil, Lima, 1977, Tomo III, p. 843.

(9) Ver «Exposición de Motivos», reproducida en obra y lugar citados en nota anterior.

(10) Ver José María CASTÁN VÁZQUEZ: El «favor debitoris» en el Derecho civil, A.D.C., 1961 - IV, p. 835.

Conf. Alfredo COLMO: «Obligaciones», 3.ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1961, N.º 91, p. 71; Eduardo B. BUSO: «Código civil anotado», Ediar, Buenos Aires, 1949, T. 3, art. 509, n.º 28, p. 259; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», ed Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I., n.º 105, p. 119; Raymundo M. SALVAT: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones» (actualizado por Galli), 6.ª ed., Tea, Buenos Aires, 1952, T. I, N.ºs 97 y 97 - a, p. 109 y 110.

(11) Con motivo de las reformas introducidas al Código civil argentino por la ley 17.711, afirmamos que el retorno al principio «dies interpellat pro homine», constituye un verdadero acierto (ver nuestro: LA MORA y la reforma al art. 509 del Código Civil argentino, Jurisprudencia Argentina, 1968 - V - 794 y ss).

(12) Jorge Joaquín LLAMBÍAS: «Estudio de la Reforma del Código civil - ley 17.711», Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, p. 101.

Nos dice este autor que la mora ex persona tiene «un fundamento ampliamente justificado que reside en la conveniencia de esclarecer la conciencia de las partes para que entre ellas reine la buena fe y ninguna pueda abusar de situaciones equívocas» y agrega que «ese sistema de constitución en mora se adapta apropiadamente a nuestros hábitos de vida y valoraciones sociales», porque «es frecuente que el acreedor tolere ciertos retardos mínimos, porque confía en el deudor y atiende a sus dificultades momentáneas, sin descargar sobre él todo el peso de sus derechos».

(13) Ver Pedro Néstor CAZEAUX: «La mora», en «Examen y Crítica de la Reforma del Código civil», ed. Platense, Tomo 2, Obligaciones, p. 1. En especial el apartado V del trabajo: «Nuestro juicio sobre la mora de pleno derecho», p. 21, donde expresa:

«No nos convence la innovación introducida por la ley 17.711 en el régimen de la constitución en mora del deudor, por las siguientes razones: a) No se advierte la necesidad de este cambio. Las reformas de las leyes no se conciben por puro afán teórico, sino cuando se constatan, en la vida práctica, defectos del sistema jurídico imperante, o se perciben justificados y predominantes anhelos de modificación en los sectores afectados. Nada de eso ha ocurrido en este caso. ... c) Es incomprensible cómo en una época que se caracteriza por lo que Colin y Capitant llaman «la dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor», y el «favor debitoris» pareciera ser todavía el santo y seña del derecho obligacional, se haya caído en un sistema que según la opinión prevaleciente ni siquiera se empleó en el riguroso derecho romano.»

mantenimiento del requisito de la interpelación, con argumentos dignos de ser oídos, que pueden servir de justificativo a la tradicional solución de la mora «ex persona», y sosteniendo que no había razón alguna que justificase el cambio de régimen efectuado por la ley 17.711. Sin embargo otros, como BORDA, REZZONICO y el autor de este trabajo, defendimos el sistema de mora automática en las obligaciones a plazo (14), considerando que en esas-hipótesis resulta superflua la exigencia de requisitos formales, porque el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación, a lo que debe agregarse que ésta es la solución que prevalece en el Derecho Comparado y reconoce como antecedentes el Derecho Romano y las Leyes de Partida. La mora ex persona choca con los requerimientos del comercio, donde la celeridad de los negocios impone como necesidad casi ineludible la mora automática; y también en el ámbito civil los procesos de inflación que sufren la mayor parte de los países del mundo occidental, especialmente cuando se presentan picos agudos, tornan muy gravosa para el acreedor cualquier demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de unificar el derecho privado, estableciendo normas aplicables tanto a las obligaciones civiles, como a las comerciales, nos inclinan a pensar que debe reemplazarse la interpelación por sistemas que consagren la mora automática del deudor, cuando se ha determinado el plazo de cumplimiento de la obligación.

El problema, sin embargo, no es demasiado grave, ni urgente, porque las disposiciones relativas a la mora tienen carácter supletorio, de manera que a las excepciones que la propia ley suele establecer al principio de la interpelación, se suma el hecho de que las partes pueden convenir la mora automática, a punto tal que suele hacerse costumbre incluir en los contratos, como cláusula de estilo, que el deudor caerá en mora sin necesidad de interpelación judicial ni extrajudicial, por el solo vencimiento del plazo. Cuando esto sucede, en la práctica uno y otro sistema se aproximan y terminan funcionando de manera muy similar.

El legislador peruano de 1984 no ha sido insensible a estas realidades, por lo que no se limitó a reproducir las previsiones del Código de 1936, sino que en el art. 1333 en lugar de *dos* excepciones a la intimación, contempla ahora *cuatro*, agregando a las que ya hemos mencionado (15), las contenidas en los dos últimos incisos de la nueva norma, que rezan:

(14) Ver Guillermo A. BORDA: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», 2.^a ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, N.º 52, p. 56; Luis María REZZONICO: «Estudio de las obligaciones», Depalma, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 133; Luis MOISSET DE ESPANÉS: «La mora y la reforma al art. 509 del Código civil argentino», J.A., 1968 - V, sec. doct., p. 794 y ss.

(15) Ver el art. 1254 del Código de 1936 en nota 5.

«No es necesaria la intimación: ...

3.— Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.— Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».

En definitiva, aunque los juristas suelen sostener con frecuencia que es más perfecto el sistema de la mora automática, y éste sea el camino por el que se inclinan las legislaciones más modernas, no parece advertirse una necesidad imperiosa de modificar las leyes que consagran la mora *ex persona*, salvo que se proceda a unificar el derecho privado, sobre todo cuando su funcionamiento no provoca soluciones injustas, porque contienen excepciones con suficiente elasticidad como para permitir a los particulares y a los jueces amoldar las relaciones obligatorias a las reales necesidades de la sociedad en que se aplican.

IV. EXCEPCIONES A LA INTERPELACIÓN

a) **Antecedentes del inciso 2 del art. 1333.**

En nuestras palabras introductorias hemos hecho referencia a la excepción a la interpelación contenida en el segundo inciso del artículo 1333, que permite prescindir de ella:

«2.— Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla».

En el Perú aparece esta previsión en el Código de 1936, como inciso 2 del art. 1254, con una redacción muy próxima a la que encontramos en el texto actual (16). Al parecer el legislador peruano se ha

(16) El cotejo de ambos textos permite advertir que se han cambiado algunos tiempos verbales, y los vocablos «época», por «tiempo», y «cosa», por «bien».

En general las modificaciones introducidas carecen de trascendencia y miran más bien a la búsqueda de perfeccionar la redacción de la norma. Sin embargo puede generar alguna duda la sustitución de «entrega de la cosa», por entrega del «bien», en especial para aquellos que piensan que los «bienes» son inmateriales, razón por la cual sería discutible que puedan, en estricto rigor terminológico, ser susceptibles de «entrega», acto cuya materialidad se compadece mejor con las «cosas», que con los «bienes».

inspirado en el segundo párrafo del viejo art. 509 del Código civil argentino (17) que, a su vez, tuvo como fuente de inspiración el Proyecto de GARCÍA GOYENA (18), que expresaba:

«Art. 1007.— Para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1) Cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad de requerimiento.

2) Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa fue un motivo determinante, por parte de quien había de recibirla, para celebrarlo.

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva.

Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior».

Nos dice GARCÍA GOYENA que el inciso segundo de este precepto se ha inspirado en el artículo 1146 del Código civil francés y en el inciso 1 del artículo 1927 del Código de Luisiana, que dispone: «la constitución en mora es innecesaria cuando la cosa no podía, por su naturaleza, ser dada o hecha más que en cierto tiempo, que ya ha transcurrido, o bajo circunstancias que ya no existen». Y agrega a continuación:

«Nuestro artículo es más explícito que el francés y se acerca más al de la Luisiana. El deudor cae en mora, cuando la cosa no podía, por su naturaleza, ser hecha o entregada sino en un tiempo cierto, que ya ha pasado, o bajo circunstancias que ya no existen. Pero en nuestro artículo se exige que este tiempo y circunstancias hayan sido la causa determinante del contrato».

Las hipótesis previstas en el Código de Luisiana se refieren a casos en que sería «materialmente imposible» realizar la prestación; GARCÍA GOYENA, al tiempo que refuerza la situación, incluyendo la

(17) GUZMÁN FERRER, (obra citada, p. 843), afirma que el Código de 1936 tomó el segundo párrafo del art. 509 del Código civil argentino.

(18) Nos interesa en especial el inciso segundo de esa norma, que se refiere a que de las circunstancias de la obligación resulte que la época en que debía cumplirse fue un motivo determinante, porque luego encontraremos una serie de Códigos que tomaron en este punto como modelo el proyecto español de 1851.

referencia a los «motivos determinantes», atrapa de esta forma hipótesis en que es materialmente posible la ejecución de la prestación, pero resulta de «inutilidad jurídica», o el retraso ocasiona grave daño al acreedor, aspecto que fue tomado en consideración al contratar y constituyó un «motivo determinante» de la fijación del plazo.

Dos puntos deben destacarse: 1) Hay plazo designado, o tiempo pactado; 2) el vencimiento del plazo ocasiona grave daño al acreedor, pues había sido un «motivo determinante».

Resulta interesante señalar que estos giros, así acuñados en castellano por GARCÍA GOYENA, van a influir en numerosos Códigos, que adoptaron esa fórmula u alguna otra parecida; podemos mencionar, entre otros, el Código de Vélez, artículo 509 (19); el Código civil uruguayo, artículo 1336 (20); el de España, artículo 1100 (21); Puerto Rico, artículo 1053 (22); y Guatemala, artículo 1431 (23).

(19) **Código civil argentino** (texto originario): «Art. 509.— Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1) Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca.

2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fue un motivo determinante por parte del acreedor».

(20) **Código civil de Uruguay**: «Art. 1336.— El deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma cuando en ella se establezca que el deudor caiga en mora por el solo vencimiento del término».

En realidad el codificador uruguayo no habla de «motivos determinantes», utilizando en cambio el giro «naturaleza de la convención» que, a nuestro criterio, atiende al mismo principio.

(21) **Código civil de España**: «Art. 1100.— Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

(22) **Código civil de Puerto Rico**: El artículo 1053 es idéntico al artículo 1100 español.

(23) **Código civil de Guatemala**: «Art. 1428.— El deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor».

«Art. 1430.— El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, debe ser judicial o notarial. La notificación de la demanda de pago equivale al requerimiento».

La referencia a la «naturaleza y circunstancias de la obligación» y al «motivo determinante», aparecen también en el inciso tercero del artículo 985 del Código de Panamá, aunque ese cuerpo legal adhiere al sistema de mora automática (24).

En lo que respecta a Cuba hasta hace pocos años su Código civil era prácticamente reproducción del Código español; ahora se ha dictado en julio de 1987 un nuevo Código, que entró en vigencia a comienzos de 1988, cuyo artículo 295 ha variado ligeramente la redacción, pero en líneas generales adopta la misma solución (25).

b) Plazo esencial.

La mayor parte de los ejemplos con que los autores suelen ilustrar esta norma, se vinculan con el «plazo esencial», es decir con casos en

«Art. 1431.— No es necesario el requerimiento:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación, fue motivo determinante para que aquella se estableciera.
- 3) Cuando el cumplimiento de la obligación se ha imposibilitado por culpa del deudor, o éste ha declarado que no quiere cumplirla, y
- 4) Cuando la obligación procede de un acto o hecho ilícito».

(24) **Código civil de Panamá:** «Art. 985.— Incurrirán en mora los obligados a entregar alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extra judicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término expresamente estipulado.
- 2) Cuando la obligación o la ley declaren expresamente que no es necesaria la intimación.
- 3) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue un motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.»

La diferencia entre esta norma y la vigente en España es, sustancialmente, lo dispuesto en su inciso 1.

(25) **Código civil de Cuba:** «Art. 295.— 1. El deudor de una obligación vencida incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extra judicialmente su cumplimiento.

2. La exigencia no es necesaria, sin embargo, cuando el día de la ejecución se ha fijado de común acuerdo o fue motivo determinante para establecer la obligación.
3. El deudor moroso responde de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor si después de estar en mora la prestación se hace imposible.
4. En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple la obligación, comienza la mora para el otro».

los cuales vencido el plazo el cumplimiento de la prestación resulta materialmente imposible, o jurídicamente «inútil».

En realidad estimamos que esta norma sólo es aplicable cuando todavía es posible o útil ejecutar la prestación, por cuanto si la prestación se torna «materialmente imposible» o ha perdido totalmente su «utilidad», ya no será aplicable el régimen de la mora, sino el de la resolución por incumplimiento, como lo señala con acierto OSTERLING (26).

La mora, por definición —tal como lo hemos señalado al comenzar este trabajo— es una situación de «retardo» en el cumplimiento de la obligación, y presupone la posibilidad de ejecutar la prestación debida. El «incumplimiento», en los casos de mora, es sólo de tipo «temporal», pero es factible realizar la prestación, que deberá completarse con la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el retraso que ha sufrido su ejecución. Pero cuando la prestación ya no puede realizarse, *no hay mora*, sino lisa y llanamente *incumplimiento*. Es lo que sucede en las hipótesis de lo que doctrinariamente se denomina «plazo esencial», cuyo vencimiento constituye un obstáculo insalvable para la ejecución de la prestación debida. Verbigracia, después que el barco ha zarpado es imposible cargar en él las mercaderías.

También el plazo es «esencial» cuando después de su vencimiento, aunque la prestación sea materialmente posible, resulta jurídicamente inútil para el acreedor; por ejemplo, después de la boda, no tiene sentido que la modista pretenda entregar el traje de novia!

Estos últimos son los casos previstos por el art. 1337 del nuevo Código peruano, cuando se refiere a la «mora que inutiliza la obligación», disponiendo que «cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios». La verdad es que, con mayor propiedad, esta previsión debería incluirse entre los casos de «incumplimiento» definitivo, y no entre los de mora, pues ya no corresponde reclamar cumplimiento, sino resolución del contrato e indemnización.

Los ejemplos que mencionamos quedan excluidos del inciso segundo del art. 1333, que sólo puede referirse a casos en los cuáles el plazo era *determinante*, pero no *esencial*.

c) El plazo como «motivo determinante».

El campo de aplicación del inciso segundo se refiere a hipótesis en que no se ha previsto de manera expresa que el vencimiento del plazo provocará automáticamente la mora, en las que sería de aplicación el inciso primero, pero en los que existe interés especial por parte del acreedor de recibir la prestación en la fecha fijada, y el retraso, aunque

(26) Felipe OSTERLING PARODI: Trabajo y lugar citados en nota 2.

genera daños moratorios, a veces muy graves, no hace imposible ejecutar la prestación. Por ejemplo, si yo vendo un inmueble, y estipulo que su precio me sea pagado en cuotas en determinadas fechas, porque con ese importe debo atender las obligaciones emergentes de la compra de otro inmueble con el que sustituyo el que enajené; los plazos de pago de esas obligaciones dinerarias reconocen un «motivo determinante», y si no se cumple en término con su pago, la mora será automática, sin necesidad de interpelación. De manera semejante, si contrato la construcción de una obra y establezco ciertos plazos para el pago de las cuotas al constructor que, con esas sumas debe adquirir los materiales y pagar a los obreros, esos plazos constituyen un «motivo determinante» de la obligación y su incumplimiento acarrea la mora sin necesidad de intimación. Al dejarlos vencer no se incurre en «simple retraso», sino en verdadera «mora», con todos sus efectos jurídicos, en especial la indemnización de los daños y perjuicios que tal retraso ocasiona.

La discusión se centra, como lo señalaba SALVAT en la Argentina (27), y lo reiteran diversos autores peruanos (28), en decidir si es necesario que el deudor conozca que el plazo fue un «motivo determinante», exigencia no establecida por la norma, pero que parece resultar indispensable para que pueda prescindirse de la interpelación.

Prevalece la idea de que es necesario el conocimiento, aunque no se considera indispensable que tal circunstancia haya sido elevada a la categoría de «condición expresa», sino que el juez apreciará libremente, de acuerdo a las constancias de la causa, si el deudor sabía o no que se trataba de un «motivo determinante».

Queda, pues, en manos del juez un margen muy amplio de discrecionalidad, que puede acrecentar la litigiosidad, pero comprendemos que resulta muy difícil elaborar una norma que prevea con exactitud los distintos matices que pueden presentarse en la práctica y trace una línea tajante que permita distinguir los casos en que la fijación del plazo ha sido «motivo determinante» (29).

(27) Raymundo M. SALVAT, *Obligaciones en general*, 6.^a ed. (actualizada por Enrique V. GALLI), Tea, Buenos Aires, 1952, T. I, N.º 101, p. 113: «El Código no exige que el deudor haya tenido conocimiento de que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, hubiese sido un motivo determinante por parte del acreedor. Esta condición, sin embargo, es en nuestro concepto necesaria, porque si el deudor ignora que el plazo señalado fue un motivo determinante para el acreedor, no puede decirse que él haya consentido tácitamente en quedar constituido en mora sin necesidad de requerimiento alguno».

(28) Ver GUZMÁN FERRER, obra citada, T. III, p. 843, quien a su vez cita a José LEÓN BARANDIARÁN, T. II, p. 229.

(29) Por supuesto que el problema no existe cuando se opta por el sistema de la mora automática, ya que en él siempre el vencimiento del plazo tendrá ese efecto, sin requerir jamás interpelación.

V. MORA Y OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

En un siglo signado por los procesos inflacionarios, la práctica indica que uno de los campos en que se torna insuficiente el sistema de la mora *ex persona* es el de las obligaciones de dar sumas de dinero.

El constante deterioro del valor de la moneda resulta aún más grave para el acreedor en el lapso que transcurre entre la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora, en especial si ni siquiera se le abonan intereses moratorios para compensarlo, aunque sea parcialmente, por la pérdida de valor adquisitivo que se opera con relación a la cifra nominal adeudada. El problema se agrava, pues, si se aplica rigurosamente el principio que hemos enunciado de que no hay mora mientras la deuda no sea «líquida», es decir mientras no esté determinada la suma de dinero debida.

El legislador peruano ha actuado con sensibilidad frente a este problema, previendo en el art. 1334 que «en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda...», de manera que el acreedor no resulte perjudicado por el tiempo que demande a la justicia efectuar esa liquidación; resulta suficiente, por tanto, el reclamo judicial de que se determine el monto, para que comiencen a correr los intereses moratorios.

Esta norma viene a completarse con lo previsto en la parte final del art. 1985 para las obligaciones que nacen de un hecho dañoso de origen extracontractual, hipótesis en la cual ni siquiera es menester que exista un reclamo judicial de fijación del monto indemnizatorio, sino que los intereses legales correrán desde la fecha en que se produjo el daño (30).

En el Derecho comparado encontramos muchos códigos que mencionan los actos ilícitos como un caso de «mora automática» (31). La solución del Código civil peruano parece técnicamente más acertada porque, en realidad, se trata más bien de una aplicación del principio de «indemnización integral» que impone el deber de reparar a la víctima no sólo el daño que directamente le ocasionó el acto ilícito, sino también la privación de los bienes o valores que debieron estar en su patrimonio, y no lo están como consecuencia del hecho dañoso. Es lógico entonces que ese rubro indemnizatorio, que contempla la «privación del aprovechamiento de bienes», se calcule a partir del momento en que se produjo el daño, con independencia de la mora.

(30) Código civil de Perú: «Art. 1985.— ... El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

(31) Código italiano, artículo 1219, inciso 1; portugués, artículo 805, inciso 2, ap. b; de Guatemala, artículo 1431, inciso 4); y de Paraguay, artículo 424 en su último párrafo.

Por otra parte, el legislador peruano, al fijar el sistema de intereses en el artículo 1242, diferencia correctamente entre los compensatorios y los moratorios (32), previendo en el artículo 1244 que las tasas legales serán fijadas por el Banco Central.

Se permite que las partes convengan los «intereses moratorios», pero si no lo hubiesen hecho corresponderá aplicar el interés legal (33).

Creemos, sin embargo, que todas estas previsiones pueden resultar insuficientes en períodos de inflación aguda, sea que ella se deba a un salto brusco (por ejemplo el «paquetazo» del ministro Salinas), o que se refleje en períodos más prolongados, pues suele suceder que los intereses legales moratorios fijados por el Banco Central resulten insuficientes para cubrir los daños y perjuicios derivados de la mora. Es cierto que el legislador no puede prever estas circunstancias, pero cuando se producen los magistrados deben comprender que enfrentan una «laguna legislativa», provocada por un supuesto de hecho excepcional que no ha sido contemplado por la ley, que tendrá que ser suplido por aplicación de lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar (34), recurriendo a los principios generales del derecho, en especial el que impone dar una solución equitativa al conflicto, concediendo «a cada uno lo suyo» como ya lo consagraba el Derecho Romano (35).

VI. MORA Y OBLIGACIONES DE NO HACER

a) Justificación doctrinaria.

Hace ya dos décadas nos dedicamos a investigar este problema y publicamos algunos trabajos sobre el tema en revistas argentinas y españolas (36); procuraremos reseñar las ideas allí expuestas.

(32) Código civil de Perú: «Art. 1242.— El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago».

(33) Código civil de Perú: «Art. 1246.— Si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal».

(34) Código civil de Perú: «Art. VIII.— Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

(35) ULPIANO, Digesto 1.1.10.1, «ius suum cuique tribuere».

(36) Ver nuestros: «Las obligaciones de no hacer y la mora», *Jurisprudencia Argentina, Doctrina* 1974, p. 676, reproducido en *Documentación Jurídica*, Madrid, N.º 14, p. 381; «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1975, p. 345.

Es menester recordar que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas tropieza con numerosas limitaciones, surgidas de nuestra propia naturaleza humana y del hecho de que el objeto de nuestro estudio son las relaciones sociales, sobre las que no podemos actuar a voluntad repitiendo los fenómenos cuantas veces deseemos, como puede hacerse en las ciencias de la naturaleza (37). Por eso con frecuencia, nuestro trabajo se basa en un número limitado de hipótesis (38), de las que extraemos conclusiones valederas «para esos casos», pero que solemos generalizar, como si no hubiese ninguna otra posibilidad fáctica. Eso es, precisamente, lo que ocurre con relación a las obligaciones de no hacer y la mora, ya que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a analizar ejemplos escolásticos de obligaciones de no hacer en los que —tienen razón— su violación acarrea siempre el incumplimiento.

Algo semejante sucedería si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquéllas que tienen plazo esencial: iextraeríamos una conclusión errónea si afirmásemos que «en todas las obligaciones a plazo» no hay mora, sino incumplimiento!

Diferentes tipos de inactividad

Las prestaciones negativas, al igual que las positivas, pueden consistir en un hecho único, de cumplimiento instantáneo, o de muy breve duración temporal (39), como en el caso de quien se obliga a ejecutar una pieza musical (obligación positiva), o de quien se compromete a no asistir a un determinado acontecimiento, reunión o espectáculo (abstención única o instantánea).

Sin embargo, con más frecuencia, las prestaciones negativas consisten en una abstención continuada (40), que tiene una proyección temporal bastante dilatada, a tal punto de que podríamos hablar de esa abstención como de una «situación» permanente.

Dentro de las situaciones de abstención haremos una subdivisión, distinguiendo aquellas que tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter jurídico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar.

(37) Ver nuestro «Algunos problemas vinculados con la investigación en las ciencias jurídicas», *Revista del Notariado*, Buenos Aires, N.º 733, p. 57 a 94, en especial capítulo II, p. 58.

(38) Ver trabajo citado en nota anterior, capítulo V, apartado c (la originalidad), p. 80 a 83.

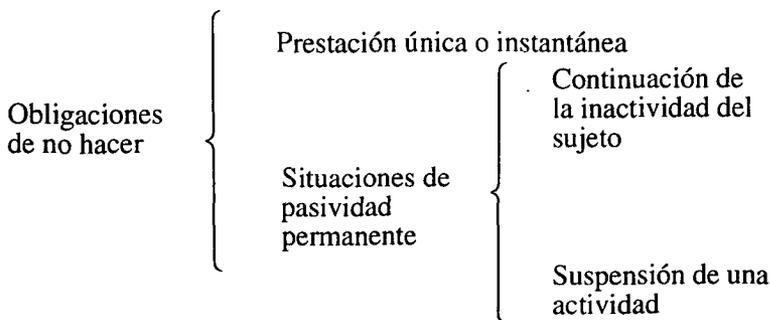
(39) Véase A. VON THUR: «Obligaciones» (traducción al castellano), Reus, Madrid, 1934, T. I, p. 37.

(40) Autor y lugar citados en nota anterior.

Procuraremos ilustrar ambas hipótesis con algún ejemplo:

- a) Un sujeto que es fumador habitual, se compromete a dejar de fumar por un mes, o por un año; su prestación consiste en la suspensión de una actividad.
- b) Un sujeto que nunca ha fumado, promete continuar sin fumar durante un mes, o durante un año; o también, un vecino, que no impedía el goce del panorama a su colindante, se compromete a continuar en esa situación de pasividad, sin alzar construcciones que obstaculicen la vista, durante un cierto período.

Sintetizaremos lo expuesto en un cuadro sinóptico (41):



Cuando la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido, resulta evidente que estamos frente a una hipótesis de incumplimiento.

Este tipo de abstenciones, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de mora. Así, por ejemplo, si alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de julio, con motivo de la celebración de la Independencia, y concurre, podemos afirmar que ha incurrido lisa y llanamente en incumplimiento; y lo mismo sucede si prometió no hachar un árbol, y lo tala, para mencionar el viejo ejemplo que suele encontrarse en casi todos los libros de texto. Ni siquiera es admisible pensar en deshacer lo hecho, y la violación de la promesa es total.

(41) Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, profundiza la idea y propone un cuadro más completo en su trabajo titulado «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer», publicado en el *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1989, p. 190.

En segundo lugar, si la obligación contraída es de aquellas que significan continuar con la situación de pasividad en que se encontraba el deudor, y luego de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido, estaremos frente a una hipótesis de «cumplimiento parcial», donde será necesario distinguir dos casos:

- 1) Al acreedor ya no le interesa que continúe la abstención, puesto que una sola violación debe equipararse al incumplimiento.
- 2) El acreedor desea continuar gozando de la abstención, y es posible deshacer lo hecho, de manera que el acreedor continúe obteniendo la satisfacción de su interés. Por ejemplo, si Pedro se había comprometido a no elevar la pared divisoria durante diez años, para no privar a su vecino Enrique de la vista panorámica, y a los tres años construye un muro, Enrique podrá obtener la demolición de la pared y que se mantenga el cumplimiento de la obligación de no hacer hasta el vencimiento del plazo.

Los ejemplos que mencionamos, correspondientes a estas dos categorías de obligaciones de no hacer, son los que suele utilizar la doctrina para afirmar que la violación de esas relaciones jurídicas constituye un verdadero incumplimiento. Si la gama de las posibles abstenciones se redujese a estos casos deberíamos admitir que en las obligaciones de no hacer no existe la mora, pese a que el lector puede advertir fácilmente que hay diferencias muy marcadas, según que la abstención prometida sea un hecho instantáneo, o se trate de un hecho permanente, y según que lo hecho pueda o no destruirse.

Cuando lo hecho puede destruirse estamos frente a la categoría de los cumplimientos parciales o defectuosos, a los cuales la teoría (42) y la jurisprudencia suelen aplicar por analogía el régimen jurídico de la mora, y ello explica el por qué más de un autor, después de afirmar que en las obligaciones de no hacer la violación significa siempre incumplimiento, propicia simultáneamente la aplicación del régimen de la mora automática (43).

(42) Especialmente en el derecho alemán, donde suele decirse que el problema de las «violaciones positivas del crédito» puede resolverse aplicando, ora las reglas del incumplimiento, ora las reglas de la mora (Conf. J. W. HEDEMANN, «Obligaciones», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, N.º 22, II, a., p. 185, y L. ENNECCERUS: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», trad. al castellano, Bosch, Barcelona, T. II, vol. I, N.º 55 - II, p. 281).

(43) Ver, por ejemplo, CAZEAUX y TRIGO REPESAS, «Derecho de las obligaciones», ed. Platense, La Plata, 1969, T. I, p. 497, y COLMO «Obligaciones», 3.ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1961, párrafo 366, p. 249 y 250.

Pero, nuestra afirmación de que en las obligaciones de no hacer también es admisible la situación de mora, no se vincula en lo más mínimo con la aplicación extensiva del régimen de la mora a los casos de cumplimiento imperfecto, sino que sostenemos la existencia de hipótesis en las cuales se tipifica perfectamente el mero «retardo temporal», unido a la posibilidad de cumplimiento íntegro de la prestación debida.

Si volvemos la vista al cuadro que hemos trazado más arriba, advertiremos que hasta ahora sólo hemos analizado dos de las tres hipótesis que en él se hallan contenidas y que falta por considerar el caso en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a «no hacer» en el futuro.

Lo curioso del caso es que esa categoría, descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como pacto de «no concurrencia», al vender un negocio o empresa, mientras que los ejemplos a que hecha mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios.

Examinemos la obligación de no hacer competencia.

Quizá un ejemplo sea en este momento oportuno para ilustrar el problema: un comerciante emprendedor tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma, y la otra de ramos generales o —como se las denomina en la actualidad— supermercado. Vende el negocio de artículos de goma, comprometiéndose a entregarlo el 1.º de noviembre, y a no efectuar competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos por ese tiempo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder.

Llegado el 1.º de noviembre entrega la gomería, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y otros artículos de goma en el negocio de ramos generales, es decir: «No comienza a cumplir la abstención prometida».

Este «incumplimiento» encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para el acreedor que se cumpla de manera íntegra, es decir que, durante los cinco años prometidos, se abstenga de realizarle competencia y le permita consolidar su clientela. En consecuencia, el acreedor no va iniciar una acción de resolución por incumplimiento y pago de daños y perjuicios, sino que reclamará que se cumpla la abstención prometida, más los perjuicios moratorios.

El ejemplo demuestra con claridad que es perfectamente factible encontrar casos de mora en las obligaciones de no hacer, aunque qui-

zás se nos reproche —como irónicamente lo hacía IHERING en su «Jurisprudencia en broma y en serio»— que hayamos descendido a la vulgaridad de buscarlo entre los problemas que plantea diariamente la vida real ¡en lugar de forjarlo en el gabinete!

Nuestras investigaciones han recibido acogida favorable en la doctrina iberoamericana, pues se han ocupado de ellas no solamente autores argentinos (44), sino también españoles (45) y del Perú (46).

b) Soluciones legislativas

Son numerosos los códigos que no contienen ninguna referencia al problema de la mora en las obligaciones de no hacer. Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en su trabajo publicado en el *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi* enumera con prolijidad aquéllos en los cuales el silencio del legislador, concordado con el resto de las disposiciones que contienen esos cuerpos legales, a su entender debe ser interpretado como que se niega la posibilidad de que exista mora en este tipo de relaciones obligatorias (47). Pensamos, sin embargo, que esta omisión del legislador deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia articular interpretaciones flexibles, que permitan encontrar una solución adecuada para los casos en que hay realmente mora, y no inejecución definitiva.

(44) Ver Mariano GAGLIARDO: «La mora en el derecho civil y comercial», Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 21 y 22; Ernesto CLEMENTE WAYAR: «Tratado de la mora», Abaco, Buenos Aires, 1981, § 86, p. 537 a 543; y la tesis doctoral de René A. PADILLA: «La mora en las obligaciones», Astrea, Buenos Aires, 1983, § 76, p. 172 a 177.

(45) Ver José Ignacio CANO: «La mora», Edersa, Madrid, 1978, p. 18 y 19; Juan GÓMEZ CALERO: «Contratos mercantiles con cláusula penal», Civitas, Madrid, 1983, p. 143; y Francisco JORDANO FRAGA: «La responsabilidad contractual», Civitas, Madrid, 1987, en especial p. 472 y 473 en notas 85 y 86.

(46) En primer lugar Carlos CÁRDENAS QUIRÓS: «La mora en obligaciones con prestación de no hacer», *Revista del Foro*, Lima, 1988, N.º 1, p. 133 y ss.; y «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer», en *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1989, p. 186 y ss.; y con posterioridad Raúl FERRERO COSTA (citado por Carlos CÁRDENAS): «Curso de las obligaciones», 1.ª ed., Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1987, p. 69.

(47) Incluye en esta categoría los Códigos de Francia, España, Uruguay, Venezuela, Méjico, Chile y Bolivia de 1930 (ver punto 5.1 del Sumario, trabajo citado en nota anterior). A ellos agrega, con acierto, los de Bélgica y República Dominicana, que siguen el modelo francés, y los de Colombia y Ecuador, que han tomado como modelo el Código de Chile. Por nuestra parte mencionaremos el de Haití, también inspirado en el Código Napoleón, y el salvadoreño, que sigue las líneas del Código de Bello.

A ellos podemos agregar el Código civil argentino, con la actual redacción del art. 509, el Código portugués de 1967 y el Código de Paraguay de 1986.

En segundo lugar podemos mencionar las leyes y proyectos que mencionan la violación de las obligaciones de no hacer como una hipótesis de mora automática (48): en algún momento pensamos, equivocadamente, que éste era el camino que debía adoptarse (49).

Finalmente encontramos códigos que expresan de manera terminante que la ejecución de la actividad prohibida significa incumplimiento (50).

Estos son, en resumen, los distintos sistemas que encontramos en el Derecho comparado.

c) El Código Peruano de 1984.

El Código civil peruano nada ha dicho sobre la mora en materia de obligaciones de no hacer. Su silencio, como bien lo señala CÁRDENAS QUIRÓS ha sido deliberado (51), por considerar que en este tipo de obligaciones la realización de la actividad prohibida entraña lisa y llanamente incumplimiento, y no mora, como surge implícitamente de la remisión contenida en el art. 1160 (52), ya que las normas allí mencionadas tratan de imposibilidad de cumplimiento, y de inejecución culposa de la obligación. Sin duda ello refleja el pensamiento del Presidente de la Comisión que se encargó del estudio y revisión del Código, don Felipe OSTERLING PARODI, quien ha expresado de manera terminante:

«La mora es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar... (53)».

(48) CÁRDENAS recuerda en este sentido el Esboço de Freitas (art. 1072), y el Código civil brasileño (art. 961).

(49) «La mora y la reforma al art. 509 del Código civil argentino», *Jurisprudencia Argentina*, 1968 - V - 794 y ss. En especial apartado VIII, punto b, p. 802.

Dijimos en esa oportunidad que: «... Tampoco en este caso la omisión de un texto es demasiado grave, pues aunque algún autor haya expresado que sería necesaria la interpelación, la jurisprudencia es pacífica y siempre ha interpretado que la sola violación de la obligación de no hacer provocaría la mora del deudor».

(50) Código civil italiano (art. 1222), Proyecto de DE GÁSPERI para el Paraguay (art. 850) y Código civil de Bolivia, de 1975 (art. 343).

(51) Ver Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, trabajo citado, *Revista del Foro*, p. 140 a 142.

(52) Código civil de Perú: «Art. 1160.— Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157».

(53) Felipe OSTERLING PARODI, «La mora del deudor», *Themis*, 2.ª época, N.º 8, p. 56.

Interpretando estas normas CÁRDENAS QUIRÓS, a pesar de tener el convencimiento personal de que es posible se den hipótesis de mora en algunas obligaciones de no hacer, llega a la conclusión de que la expresa exclusión de la posibilidad de aplicar el segundo párrafo del art. 1154 (54), por determinarlo así la remisión, hace que «el Código peruano descarte la mora del deudor en las obligaciones con prestaciones de no hacer (55).

Por nuestra parte no estamos seguros de que así sea. La ley se independiza de la voluntad del legislador, y debe interpretarse por lo que expresan sus propias normas, y no por lo que haya sido el pensamiento íntimo de uno de sus coautores, contradicho con frecuencia por los textos vigentes.

Adviértase que la falta de remisión al segundo párrafo del artículo 1154 no puede tener los efectos que se pretende darle, pues esa norma se refiere en definitiva a la *imposibilidad de cumplimiento* y, como bien lo enseña el propio OSTERLING PARODI, imposibilidad de cumplimiento y mora son incompatibles por definición (56). ¡En todo caso se habría excluido de las reglas del incumplimiento a algunas situaciones de retardo en las obligaciones de no hacer, es decir que la norma abriría las puertas a la mora en estas relaciones jurídicas, con un efecto diametralmente opuesto al que se propuso su redactor!

En realidad el silencio del legislador permitirá al juez resolver la cuestión que se le someta por aplicación de leyes análogas, o de los principios generales del derecho, y si se enfrenta con una obligación con prestaciones de no hacer en la cual el retardo en cumplirla no impide que el acreedor obtenga todavía satisfacción de sus intereses por medio del sometimiento del deudor a la inactividad prometida, aunque sea en forma demorada, el juez no deberá resolver el caso aplicando las normas del incumplimiento, sino que tendrá que aplicar los principios que rigen la mora del deudor, ordenando al moroso que cumpla la abstención debida.

(54) Código civil de Perú: «Art. 1154.— Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor».

(55) CÁRDENAS QUIRÓS, trabajo citado en *Revista del Foro*, Conclusión IX, p. 44; y en *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Conclusión XIII, p. 211.

(56) «Si el cumplimiento de la obligación ya no es posible, entonces estaríamos ante un caso de inejecución y no ante un simple retardo. La certidumbre del incumplimiento hace innecesaria la constitución en mora» (OSTERLING PARODI, trabajo citado, p. 55).

VII. MORA DEL ACREEDOR. CONCEPTO

No solamente el deudor puede caer en mora, sino también el acreedor. Esta situación se presenta cuando obstaculiza el cumplimiento de la obligación, sea negándose a recibir el pago de lo que se le debe, sea omitiendo la cooperación que el deudor necesita para ejecutar su prestación; como ejemplo de conductas exigibles al acreedor podemos mencionar el que debe encontrarse presente en el lugar de pago, para recibirlo; o bien, tiene que hacer la elección, cuando le corresponda, en las obligaciones alternativas; en otros casos debe impartir las instrucciones a que ha de sujetarse el deudor en el cumplimiento de su obligación, especialmente en el caso de obligaciones de hacer (color de pintura a emplear en las paredes, tono de las puertas, etc.); o, incluso, prestar su colaboración personal posando para el artista que debe ejecutar su retrato (57).

Cuando el acreedor no presta la colaboración debida, dificulta el cumplimiento de la prestación y la ley concede al deudor los medios legales tendientes a obtener esa colaboración y constituir en mora al acreedor renuente.

Esta materia, conocida por la doctrina como «mora accipiendi», por oposición a la mora del deudor, o «solvendi», suele ser tratada junto con lo relativo al pago; así lo hace WINDSCHEID en Alemania, y BIBILONI en su anteproyecto de Reformas al Código civil argentino. Nosotros pensamos que debe tratarse junto con la mora del deudor, en la parte correspondiente a las obligaciones en general, camino que ha seguido el nuevo Código civil peruano, dedicándole los artículos 1338 a 1340.

El Derecho Comparado nos muestra que en los sistemas que establecen la interpelación para constituir en mora al deudor, es frecuente que no se legisle la mora del acreedor, ya que la aplicación analógica de estos preceptos lleva a la conclusión de que, por su parte, para constituir en mora al acreedor habrá que interpellarlo, ofreciéndole el pago. Se opera así el juego armónico del mismo principio, tanto para el deudor como para el acreedor.

Pese a ello, es conveniente —cualquiera sea el sistema de mora adoptado para el deudor— que se incluyan normas que regulen expresamente la mora del acreedor. Así lo entendió ya en 1936 el legislador peruano que en la «Exposición de Motivos» expresaba:

«El Proyecto contempla la mora del acreedor, la del deudor, la mora bilateral y su posible compensación» (58)

(57) Algunas de estas conductas omisivas del acreedor están contempladas en el inciso segundo del nuevo texto del art. 1251 del Código civil peruano, en materia de pago por consignación, que reproducimos en nota más adelante.

(58) Frases reproducidas por GUZMÁN FERRER, obra citada, T. III, p. 843.

Entendemos, sin embargo, que ese propósito no se concretó en aquella oportunidad, pues los artículos 1258 y siguientes del mencionado cuerpo legal se limitan a regular el pago por consignación, como facultad del deudor frente a la actitud morosa del acreedor. Este método, empleado por muchas legislaciones, es a nuestro criterio insuficiente, pues el pago por consignación sólo es procedente cuando se trata de la ejecución de la prestación debida, frente a la negativa del acreedor de recibirla; pero, ¿qué puede hacer el deudor cuando la conducta omisiva del acreedor se reduce a la falta de colaboración en la ejecución de otras actividades previas, como la falta de provisión de materiales, o el no brindar acceso al lugar en que deben efectuarse los trabajos? En estos casos no podemos imaginar una «consignación», ni tan siquiera el juego de intimaciones que se prevé en algunos sistemas para las obligaciones de dar cosas indeterminadas a elección del acreedor (59).

El legislador peruano, para suplir esta falencia, ha incluido una frase en la nueva redacción dada al artículo 1252, habilitando la «consignación» por vía de un ofrecimiento judicial «cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete» (60).

El Código de 1984, en cambio, ha avanzado por este camino, como ya lo hemos dicho, dedicando a la mora del acreedor tres artículos, en los cuales se caracteriza primero la figura, y luego se fijan sus efectos.

Veamos, pues, lo que dispone el artículo 1338:

«El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

Se contempla primeramente la falta de colaboración en las obligaciones de dar, que resulta de la negativa del acreedor a recibir la cosa, cuya entrega **le ha sido ofrecida**; en segundo lugar prevé la hipótesis de omisión de aquellos deberes secundarios de conducta a que hacemos referencia más arriba, es decir los hechos previos, sin los cuáles el deudor no está en condiciones de ejecutar la prestación debida; verbi-gracia, proveer materiales al contratista de una obra; habilitarle el acceso al lugar en que ella debe realizarse; posar para el artista que debe pintar un retrato; etc.

Nada se dice, en cambio, sobre la forma de constituir en mora al acreedor, aunque esta omisión no tiene mucha importancia, pues atento que el régimen adoptado por el derecho peruano para la mora del

(59) Ver por ejemplo lo previsto en el artículo 766 del Código civil argentino.

(60) Texto aprobado por Ley del 8 de enero de 1993, en vigencia desde 28 de julio de ese año.

deudor es el de la mora «ex persona», una interpretación analógica nos permite llegar a la conclusión de que será menester el mismo procedimiento para lograr la mora del acreedor; vale decir, el deudor deberá intimar al acreedor a que reciba la prestación, o a que colabore realizando los actos preparatorios que resultan indispensables para que se llegue al cumplimiento.

Pero, aceptado que la intimación que realiza el deudor es el mecanismo adecuado para provocar la mora del acreedor, debemos preguntarnos si esta interpelación será en todos los casos suficiente. La respuesta negativa se impone, porque de nada sirve «ofrecer» una prestación, si el ofrecimiento no es serio, lo que sucede, por ejemplo, cuando el deudor no se encuentra en condiciones de cumplir la prestación ofrecida (61).

a) Efectos de la mora del acreedor.

A partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa del deudor (artículo 1340) (62). En realidad la norma del Código civil peruano se limita a hablar de «imposibilidad», pero es indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia también coloca a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos y limitaciones de cualquier tipo que se produzcan en las obligaciones de hacer o no hacer (63).

Lo dispuesto en el art. 1340 resulta concordante con la previsión contenida en el último párrafo del art. 1140, que exige al deudor de pagar el valor del bien cierto debido, cuando el acreedor ha sido constituido en mora (64), y también con las normas de los artículos 1568 y

(61) Vemos así, por ejemplo, que el art. 428 del Código de Paraguay dispone en su parte final que aunque el deudor interpele al acreedor, no provocará su mora si «no pudiese ejecutar el pago en esa oportunidad», solución correcta, pues el ofrecimiento de pago para producir el efecto jurídico de constituir en mora al acreedor, debe ser un ofrecimiento serio y no una mera expresión verbal de buenas intenciones.

(62) Código civil de Perú: «Art. 1340.— El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

(63) El Código civil paraguayo, en el inciso b del art. 429, prevé que «si se debieren cosas inciertas, los riesgos serán a cargo del acreedor mientras no cumpla la intimación para recibir la cosa elegida».

(64) Código civil de Perú: «Art. 1140.— El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esa regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora».

1569, en materia de compraventa, para los casos en que el comprador no recibe la cosa (65).

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que existe una aparente contradicción entre las normas que hemos reseñado —que a nuestro entender son las que prevalecen— y el artículo 1251, que parece exigir que al ofrecimiento de pago se sume la consignación de la cosa debida para liberar de responsabilidad al acreedor (66). Entendemos que una adecuada correlación de estas normas debe llevar a las siguientes conclusiones:

- a) el ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe;
- b) durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo;
- c) la mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar;
- d) la consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Un segundo efecto de la mora del acreedor, como lo prevé el art. 1339, es que deberá indemnizar al deudor los daños que le origine su actitud (67). Esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago inaceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida, como se prevé expresamente en algunos códigos (68).

(65) Código civil de Perú: «Art. 1568.— En el caso del artículo 1567 el riesgo de pérdida pasa al comprador antes de la entrega de los bienes si, encontrándose a su disposición, no los recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega».

«Art. 1569.— En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si, encontrándose los bienes a su disposición, el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición».

(66) Código civil de Perú: «Art. 1251.— Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.

Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido».

(67) Código civil de Perú: «Art. 1339.— El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

(68) Ver, por ejemplo, el artículo 429, inciso d), del Código civil paraguayo: «... el deudor tendrá derecho a que se le indemnicen los gastos de conservación o guarda, así como los motivados por requerimientos infructuosos».

Advertimos que las previsiones sobre los «efectos» de la mora del acreedor en el Código peruano son escasas; a diferencia de otros códigos, nada se ha previsto, por ejemplo, respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estimamos que ellos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente digamos que tampoco se regula la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora; estimamos que, por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá de esta manera fin a su estado de mora.

Creemos que en una futura reforma legislativa sería conveniente contemplar estos problemas que, por el momento, carecen de una regulación expresa.

VIII. CONCLUSIONES

- 1) El Código civil peruano de 1984 ha mantenido su adhesión al sistema de la mora ex persona.
- 2) El legislador, procediendo con acierto, ha ampliado las excepciones al principio de la intimación (nuevos incisos 3 y 4 del art. 1333).
- 3) La excepción del inciso 2 del art. 1333, que alude a los «motivos determinantes» del plazo de cumplimiento, no incluye los casos de «plazo esencial», en los que no hay mora sino incumplimiento definitivo.
- 4) Esta excepción fue incorporada ya en el Código de 1936, que tomó como modelo el art. 509 del Código de Vélez Sársfield, y tiene como fuente remota el Proyecto de García Goyena; ella contribuye a dar fisonomía propia a un grupo de códigos iberoamericanos.
- 5) Para que funcione la excepción del inciso 2 del art. 1333 es menester que el deudor conozca o deba conocer los «motivos determinantes» del plazo de cumplimiento.
- 6) El curso de los intereses en el resarcimiento de daños extracontractuales (art. 1985), obedece al principio de la reparación integral, por lo que resulta ajeno al sistema de la mora.
- 7) En algunas hipótesis de obligaciones de no hacer, en especial cuando se trata de conductas omisivas continuadas, puede existir mora en el cumplimiento, y es justo y correcto que en esos casos el juez ordene la suspensión de la actividad prohibida.

- 8) El silencio legislativo sobre la posibilidad de mora en las obligaciones de no hacer no es obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia llenen esa laguna y apliquen el sistema de la mora, que en el derecho peruano se logrará mediante intimación.
- 9) De «lege ferenda» propiciaríamos que estas hipótesis se incluyesen en las excepciones a la intimación.
- 10) El Código de 1984 ha dado un paso adelante al legislar sobre mora del acreedor, que comprende no sólo los casos en que no se recibe la prestación, sino también la falta de colaboración o ayuda al deudor en las etapas previas al cumplimiento.
- 11) Sería conveniente, en una reforma legislativa, determinar de manera expresa que es menester la intimación para constituir en mora al acreedor, y regular con más detalle los efectos de esta situación moratoria y la forma de purgarla.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Con la colaboración especial
de Enrique Ramos Chaparro en la presentación de la
Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. PROTECCION JURIDICA DEL MENOR. Se procede a su regulación, modificándose parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero («B.O.E.» del 17).

Esta esperada Ley viene a cubrir una importante carencia del ordenamiento jurídico español, como era la falta de contemplación legal directa y positiva de la situación general del menor, derogando definitivamente el Decreto de 2 de julio de 1948, con su arcaico modelo puramente administrativo y asistencial, para dar paso a una regulación de rango orgánico y contenido transdisciplinar (civil-constitucional, civil ordinario y administrativo), que pone de manifiesto el cambio producido en la mentalidad jurídica contempo-

(*) Incluye las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el primer trimestre de 1996.

ránea, desde la consideración de la minoría como mera antítesis o negación de la mayoría, hacia su configuración personalista, como situación jurídica con significado propio, equiparada en lo fundamental a la del mayor, si bien caracterizada por un principio superior de protección o tutela jurídica integral.

En tal sentido, la nueva Ley Orgánica enriquece y actualiza nuestro Derecho civil, engrosando el conjunto de «leyes especiales» inspiradas en la Constitución que desarrollan la concepción realista o valorativa de la personalidad, frente a la noción formal de la subjetividad plasmada en los Códigos liberales. De ahí su peculiar fisonomía normativa, reveladora de todas las grandes crisis y transformaciones del Derecho civil de nuestros días: publicación, descodificación, despatrimonialización, internacionalización, así como de las del Derecho público general: descentralización, privatización, socialización, etc. Su articulado propio, dividido en dos Títulos («De los derechos de los menores», y «Actuaciones en situación de desprotección social e instituciones de protección de menores»), constituye un verdadero «subsistema legal», en cierto modo ajeno al Código civil, que orbita principalmente sobre la Constitución, mientras que su larga serie de disposiciones finales introduce reformas y modificaciones en el texto del Código, tocando prácticamente todas sus materias institucionales (como ocurre siempre que se altera algún punto del Derecho de la persona, al ser ésta la «materia prima» del Derecho privado común). Ley, pues, simultáneamente descodificadora y recodificadora, que viene a demostrar la implicación y correlatividad de ambos procesos aparentemente contradictorios.

En su primer aspecto, la mera existencia de esta Ley Orgánica resulta tan positiva y necesaria que las críticas a su contenido casi pueden pasar a un segundo plano. Su espíritu general, muy alejado de la falsa idea de un «estatuto jurídico del menor», respeta tanto la dimensión igualitaria de la personalidad como las diferencias jurídicas, basadas en datos naturales o antropológicos, que la menor edad produce en los diversos sectores del ordenamiento. Desde estos presupuestos, intenta una aplicación especializada a los menores del régimen de los derechos de la personalidad y de ciertos derechos fundamentales, régimen especial complementado por medidas y principios de actuación administrativa; tras esto, articula un sistema institucional que presupone, igualmente, el régimen civil o básico de protección (patria potestad, guarda, tutela, adopción, etc.), añadiendo, sólo como complemento estrictamente administrativo, la prevención y reparación de las «situaciones de riesgo» (categoría de nuevo cuño), y el establecimiento y régimen de los servicios.

Los «principios generales», enunciados en el art. 2, que tienen un carácter hermenéutico y aplicativo de la propia Ley, adolecen de cierta heterogeneidad o desconexión interna, ya que se mezcla el criterio básico del interés prioritario del menor —expresado, por cierto, con exagerada radicalidad— con el criterio finalista del carácter educativo, que se refiere a las medidas protectoras, y con el tradicional criterio hermenéutico restrictivo de las limitaciones de la capacidad de obrar, principio elaborado por la jurisprudencia y la doctrina (que se aplica no sólo a la menor edad, sino también a las demás situaciones delimitadoras de la capacidad), cuya expresa positivación debe recibirse favorablemente, en cuanto sirve de argumento indirecto para las doctrinas del *favor incapacis* y de la semicapacidad, o principio de graduabilidad legal de la capacidad por razón de edad, aunque tal vez hubiera sido preferible enunciar expresamente también este último principio, que en lo civil, es uno de los grandes mecanismos promotores de la personalidad del menor, y el que per-

mite superar de modo realista la dicotomía formal de las dos edades. La Ley, por el contrario, opta por una concepción muy uniforme, abandonando totalmente el límite de los dieciséis años (que era el ámbito general de la legislación refundida en 1948) y configurando, para sus efectos, una sola clase de menores, lo cual no prejuzga que todos tengan la misma capacidad, ni igual necesidad de protección.

La referencia del art. 3 a la Constitución, y, sobre todo, a los Tratados Internacionales, era obligada, ya que es en este último campo donde los derechos fundamentales del menor han recibido su más plena consagración; por otro lado, al invocar expresamente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, quedan recogidas —de forma mediata— en la propia Ley Orgánica determinadas titularidades básicas que no se mencionan en su texto (como, especialmente: el derecho a los elementos de la propia identidad, a la compañía de los padres, y a un nivel de vida adecuado). Estas ausencias dan un sesgo tal vez excesivamente político o fundamental a la esfera jurídica del menor, con relativo olvido de intereses más concretos, personales o familiares, que, indudablemente, están más presentes en la citada Convención que en nuestra Ley.

En el tratamiento de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 4), el legislador ha desaprovechado la oportunidad de aclarar el confuso régimen de capacidad previsto en el art. 3 de la LO 1/1982, pues, en lugar de determinar más o mejor el significado de las «condiciones de madurez» del menor para prestar consentimiento, parece haber optado por relativizar totalmente el alcance y eficacia de éste, estableciendo la posibilidad de calificar de intromisión ilegítima una actuación «incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (art. 4.3 *in fine*). Se legitima, además, «en todo caso» al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones «de que sean titulares los representantes», en una cláusula «sin perjuicio» de difícil interpretación (pues no se aclara si la intervención tiene carácter acumulativo, subsidiario o facultativo, ni a qué acciones se refiere concretamente) (art. 4.4). Los dos citados párrafos son muestra inequívoca del designio publicificador en esta materia, o sea, la tendencia a convertir en cuestión de orden público la entrada en la esfera jurídico-fundamental del menor, despojando de toda relevancia a la voluntad privada de éste y de sus representantes legales, lo cual, aunque es congruente con la radicalidad del principio expresado en el art. 2, no se coordina bien con el espíritu (favorable a la capacidad del menor) de la LO 1/1982, ni con la función protectora de padres y tutores, que el propio art. 4 acaba reconociendo (párrafo 5).

Más favorable crítica merece el art. 5, sobre el derecho a la información, aunque tanto este precepto como el que le sigue, sobre la libertad de ideología, conciencia y religión, revisten unas fórmulas casi meramente programáticas, y parecen más bien normas exhortativas, dirigidas a los padres y a las Administraciones públicas. El escaso contenido real que en la persona del niño tienen esos derechos fundamentales impone al legislador un tono declarativo, que sólo añade a lo que ya podía deducirse de la Constitución, la expresa atribución a los menores de los *nomina iuris*, pero sin entrar en detalles sobre las peculiaridades de su titularidad y su ejercicio. En todo el texto late la creencia del legislador en la eficacia pedagógica y en el valor moral intrínseco de su producto, que se diría concebido para reforzar con la obligatoriedad de la Ley una serie de imperativos ético-sociales. De ahí que imponga directamente «deberes ciudadanos» y funcionariales de denuncia o «comuni-

cación» y de actuación inmediata (*vid.*, sobre todo, arts. 13 y 14), configurando una suerte de pre-acción popular protectora del menor, que viene a confirmar la plena introducción del orden público en la materia, compensado, también de forma programática, con el «principio de colaboración» enunciado en el art. 15.

La regulación de los derechos de participación, asociación, reunión y manifestación (art. 7) tampoco ofrece grandes novedades de fondo o «constitutivas», respecto de los regímenes preexistentes, y tanto este artículo como el siguiente, sobre la libertad de expresión, se remiten expresamente a la Ley para la determinación de ulteriores requisitos o restricciones en el ejercicio de los respectivos derechos. Con todo, ambas normas declarativas, en cuanto desarrollan legalmente el principio rector consagrado en el art. 48 CE, deben ser acogidas muy favorablemente desde la óptica personalista, ya que estos derechos son los que más potencian la dimensión activa y ciudadana del menor, representando el núcleo del enfoque superador de su concepción como mero incapaz o como puro sujeto pasivo de la protección institucional.

En cuanto al «derecho a ser oído» del art. 9, lo más chocante que resulta de su prolija regulación es esa especie de «representante voluntario» que aparece en el párrafo 2.º, y su confusa relación con los representantes legales en el ejercicio de este derecho, esbozada en el segundo apartado del mismo párrafo. Habrá que interpretar, en todo caso, que la persona designada por el menor con suficiente juicio para ejercitar su derecho a ser oído, no puede, en modo alguno, actuar en el tráfico en nombre del mismo, limitándose a ser un simple portavoz (o propagador) de sus puntos de vista y de sus opiniones.

El contenido restante del Título I, así como el del Título II, pertenece más de lleno al Derecho administrativo, por lo que se omitirá aquí su comentario. Sin perjuicio de reconocer la trascendencia de este régimen público de protección y promoción de los menores, y de valorar la presencia determinante del Estado social en la aplicación del principio superior «tout pour l'enfant», al civilista le interesa más directamente la serie de disposiciones modificadoras del Código, es decir, la LO 1/1996 como ley reformadora y modernizadora del Derecho privado común. En el Proyecto de Ley (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, n.º 117-1, 16 de mayo de 1995) esta faceta estaba algo menos desarrollada que en el texto definitivo publicado en el BOE el 17 de enero de 1996, donde, a partir de la Disposición final 18.ª, se corrige la redacción de alrededor de treinta artículos del Código civil que no figuraban en el texto inicialmente proyectado. Las modificaciones originarias se centran más en la reforma de las instituciones protectoras: tutela por ministerio de la ley, guarda temporal y acogimiento (Disps. finales 1.ª-8.ª), así como en la adopción (9.ª-11.ª), el internamiento (12.ª) y la tutela (13.ª-17.ª). Las correcciones añadidas después son principalmente retoques técnicos, tendentes a resolver antinomias y dudas legales producidas por la acumulación de sucesivas reformas, y las consiguientes obsolescencias y discordancias de la redacción originaria del Código.

En cuanto al primer grupo, una de las virtudes que ha de reconocerse a esta Ley es que aclara y perfila el mecanismo de la tutela pública automática creada por la Ley 21/1987, dando una nueva redacción al art. 172, en la que se establece su modo de delación y trámite, y su eficacia suspensiva de la patria potestad o de la tutela ordinaria, extremos antes silenciados. Ha sucumbido, sin embargo el legislador a la mera *variatio* terminológica, con la figura del «acogimiento residencial», que quiere camuflar la realidad de los interna-

mientos infantiles y juveniles (administrativos, y no judiciales, ya que no tienen finalidad terapéutica, sino tutelar). El acogimiento familiar también se retoca y perfecciona, modificando el art. 173, e introduciendo un artículo bis, muy doctrinal y definidor, que crea, con dudosa oportunidad, la figura del acogimiento permanente. Ante lo dispuesto en el párrafo 2.º de este art. 173 bis cabe preguntarse: ¿para qué sirve entonces la tutela?, ¿por qué se exceptúa, en este caso, el régimen protector ordinario? Quedan, además, en casi total indeterminación las circunstancias del supuesto fáctico que da lugar a esta consecuencia excepcional y perturbadora, mediante la cual se puede introducir una cuña de total administrativización en el sistema básico de protección del menor, es decir, una solución completamente al margen de la trama institucional civil, que no es ni la patria potestad, ni la tutela, ni la adopción, sino una guarda temporal convertida en perpetua.

Respecto a la nueva redacción del art. 211, sobre el internamiento psiquiátrico, aunque mejora el texto, aclarando el supuesto de hecho, resulta inexplicable la no atribución de carácter orgánico a esta Disp. final 12.ª (cf. Disp. final 23.ª), siendo así que afecta a un derecho fundamental.

Entre los retoques que sufre la tutela ordinaria destaca, en sentido negativo, la introducción en el art. 247 de una nueva causa de remoción, consistente en el surgimiento de «problemas de convivencia graves y continuados», simple frase hecha donde cabe todo, de cuyo abuso —como causa puramente objetiva— se puede derivar el dejar al arbitrio de cualquiera de las partes la continuidad o extinción de una tutela.

Vayamos, por último, a las modificaciones realizadas en la fase final del *iter* legislativo, que tienen muy diversa finalidad y alcance.

No se ve muy claramente la *ratio* de la nueva redacción del inciso final del párrafo 2.º del art. 166, al suprimir, tanto la necesidad de autorización judicial para rechazar donaciones ofrecidas al hijo, como el carácter automático de la aceptación de la herencia o legado cuando el Juez deniega la autorización para repudiar. Esta «desregulación» crea un peligroso vacío de régimen en una materia delicada, en la que pueden estar implicados importantes intereses patrimoniales del menor.

Sí se explica muy bien, por el contrario, la modificación de los arts. 271 a 273, que tiene por objeto resolver la contradicción creada en 1983 entre el ahora cambiado art. 271 y el 1.060, reformado en 1981, respecto a la necesidad de autorización judicial para que el tutor realice la partición, antinomia de la que se ha salido airoosamente por un camino ecléctico. También merece elogio la expresa atribución, en el art. 300, de legitimación al propio menor para solicitar el nombramiento de defensor judicial, despejando las posibles dudas sobre su capacidad en el ámbito procesal para este efecto. La feliz supresión del anacrónico párrafo 2.º del art. 992, y la nueva redacción dada al 996 permiten concordar con el actual régimen de la capacidad de obrar, los requisitos de la misma para la aceptación y repudiación de la herencia.

Sin embargo, en esta misma línea de concordancia técnica, el legislador ha perpetrado una sustitución, aparentemente sólo terminológica, en el n.º 2.º del art. 1263, con la que, en realidad, acoge una determinada tesis interpretativa sobre la cuestión de la relación entre la figura de la incapacidad judicial y el requisito de la capacidad contractual, precisamente la tesis formalista, que reduce, en las personas mayores de edad, la incapacidad para contratar *stricto sensu* a los casos de previa declaración judicial de incapacidad, remitiendo el supuesto (estadísticamente mayoritario) del enfermo o deficiente

mental no incapacitado (e incluso el del no incapacitable) a un limbo de analogías legales con la falta o con los vicios del consentimiento. Es extraña la forma en que se aborda, en esta Ley Orgánica del menor, el art. 1263 del Código civil. En lugar de atender al n.º 1.º (sede civil de la incapacidad de obrar del menor), y modernizarlo, con arreglo al espíritu de la Ley, introduciendo el principio de graduabilidad, o, al modo de otras legislaciones más avanzadas, reconociendo expresamente ámbitos de actuación eficaz, siquiera los admitidos por el uso social, como el de los llamados actos mínimos de la vida corriente, nuestro recodificador deja intacta la redacción originaria, y acude a modificar el n.º 2, cuya problemática nada tiene que ver con la del menor; y ahí, en lugar de concordar realmente el régimen contractual con el de la incapacitación, distinguiendo esta figura de la llamada «incapacidad natural», y dotando a cada una de sus especialidades adjetivas para el ejercicio de la acción impugnatoria (en materia de legitimación y plazo), se opta por una fórmula restrictiva y lacónica, que en nada favorece la seguridad del tráfico ni la protección de los intereses del enfermo o deficiente mental no incapacitado, y que, además, es inexacta en sí misma, por estar en pugna con el criterio legal de la graduabilidad de los efectos de la incapacitación (art. 210), del cual deriva que los incapacitados sujetos a tutela puedan eventualmente contratar, y sobre todo, que los sujetos a curatela gozan de una capacidad simplemente restringida que no encaja en el molde riguroso de la incapacidad contractual configurado ahora por el art. 1263 del Código civil (cf. art. 289).

Esta reforma, por su trascendencia, no merecía el modo en que se ha producido, es decir, este aprovechamiento coyuntural de la ocasión legislativa, y, lo mismo que la del internamiento psiquiátrico, aún parece pendiente de un desarrollo en profundidad.

Por ahora es el niño, o, peor y más formalmente, el «menor» (donde se confunden niños y jóvenes), el objeto predilecto de la política legislativa en materia de Derecho de la persona; pero la concepción integral o unitaria de ésta impone al ordenamiento un sistema de protección también global, que contemple otras condiciones subjetivas relevantes, como las deficiencias y enfermedades, o la ancianidad, las cuales, sin dar lugar tampoco a verdaderos estatutos jurídicos (ni por sí solas, ni formalizadas mediante la incapacitación), pueden incidir, lo mismo que la menor edad, en la subjetividad activa de la persona, limitando su capacidad de obrar, y exigen también la protección institucional de los poderes públicos. Desarrollése, pues, en su integridad, el programa de personalización y socialización del Derecho civil y del Derecho administrativo previsto en la Constitución, y no quede todo reducido a esta exaltación del principio *pro minore* al cielo de los valores más eminentes.

Celebremos la inyección de ética civil que esta Ley pretende introducir en las relaciones sociales, pero no caigamos en la ingenuidad de confundir Ética y Derecho, creyendo que la simple enunciación legal de los valores garantiza su vigencia efectiva. Cuidado con los deberes ciudadanos que pueden entrar en colisión con los vínculos familiares y con las potestades civiles. No vayamos a convertir al Poder público —que, al fin y al cabo, no procrea aún a los menores— en una rígida y ubicua vigilante institutriz, más paternal que los padres, que, acostumbrada a facultades exorbitantes, dirija por entero la vida del menor.

2. COLEGIOS PROFESIONALES. Se procede a la regulación de los Consejos Andaluces.

Ley del Parlamento de Andalucía 6/1995, de 29 de diciembre de 1995. («B.O.E.» del 30 de enero de 1996).

La presente disposición ha sido promulgada en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el artículo 13.24 de su Estatuto de Autonomía, y con la finalidad de responder a la propuesta de los Colegios oficiales de constituir Consejos de Colegios a nivel de Comunidad Autónoma, adecuando así la estructura de dichas corporaciones a la organización política de nuestro Estado mediante la creación de un órgano que represente y coordine los intereses específicos de las respectivas profesiones ante la Administración de la Comunidad Autónoma.

Los Consejos andaluces de Colegios son considerados por la Ley autonómica como corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, reconociéndoseles capacidad de autogobierno para decidir su estructura interna y sus reglas de funcionamiento, estableciéndose el régimen de mayoría de votos como mecanismo para la adopción de sus acuerdos, y siéndoles atribuidas una serie de funciones entre las cuales se incluyen la coordinación de la actuación de los Colegios integrantes del Consejo, la resolución de los recursos planteados contra sus actos, el ejercicio de la potestad disciplinaria en relación con los componentes de las Juntas de Gobierno de los Colegios integrantes, la representación de la profesión en el ámbito de la Comunidad Autónoma y ante los Consejos Generales, y la facultad de informar los proyectos normativos de la Comunidad Autónoma relativos al ejercicio profesional, así como los de fusión, absorción, segregación y disolución de los Colegios.

La disposición presentada se extiende también a la regulación de los aspectos relativos a la creación y extinción de los Consejos de Colegios, y a la elaboración, aprobación y contenido de sus Estatutos, los cuales, una vez controlada su legalidad por la Consejería de Gobernación, habrán de ser inscritos en el Registro de Consejos andaluces de Colegios y publicados en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

3. EXTRANJEROS. Se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. («B.O.E.» del 23).

La sustitución del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, se justifica en la norma presentada por el incremento de la población extranjera residente en España, la pretensión de mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, y la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, a los cambios experimentados por la organización administrativa en materia de extranjeros, y a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en este último caso en relación con los aspectos relativos a los efectos derivados de la falta de resolución expresa de los procedimientos, a la no exigencia de documentos que obran en poder de la Administración, y a los principios inspiradores del procedimiento sancionador.

En cuanto a la estructura de la norma objeto de presentación, hay que decir que la misma se compone de 123 artículos, sistematizados en un capítulo preliminar, dedicado a la enumeración de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en España, y siete capítulos más, que, numerados correlativamente, abordan las cuestiones relativas a los puestos de entrada y salida del territorio español, la documentación, visados y entradas, la Permanencia en España de los extranjeros, el trabajo y establecimiento laboral de dicho colectivo, las tasas de expedición de permisos de residencia, trabajo y visados, el régimen sancionador aplicable a las infracciones de la Ley 7/1985, y el régimen de salidas, devoluciones y prohibiciones de salida.

4. FUNDACIONES. Se promulga el Reglamento de las de competencia estatal.

Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero. («B.O.E.» del 6 de marzo).

La disposición presentada contiene el desarrollo reglamentario del Título I y disposiciones concordantes de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, habiendo sido aprobada con la pretensión de responder al mismo criterio de racionalidad y homogeneidad perseguido por la Ley que desarrolla, y por lo tanto de terminar con la fragmentación que afectaba al régimen jurídico de los entes fundacionales.

Pasando ya al concreto contenido de la norma hay que destacar que después de una serie de disposiciones generales, incluidas en su capítulo I y dirigidas a delimitar su ámbito de aplicación, definir los fines y actividades fundacionales, y regular la dotación fundacional, el importante capítulo II se ocupa del patrimonio de la fundación y del desarrollo de los requisitos exigidos por la Ley para la enajenación y gravamen de sus bienes, atendiendo a las peculiaridades planteadas por los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes muebles, valores, y participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles.

Precisamente en relación con la enajenación y gravamen de los bienes de las fundaciones, la norma diferencia los supuestos en que resulta necesaria la autorización previa del Protectorado, de aquellos otros en los cuales es suficiente con notificar al mencionado órgano la celebración de dichos actos, regulando detalladamente los requisitos que ha de reunir la solicitud de enajenación o gravamen formulada por el Patronato; cuando se haya producido una enajenación o un gravamen sin la preceptiva autorización del Protectorado, este órgano requerirá del Patronato la información oportuna, decidiendo, a la vista de dicha información y una vez ponderadas la buena fe de la fundación y demás circunstancias concurrentes en el caso, entre otorgar la autorización o entablar la acción de responsabilidad contemplada en el artículo 15.3.b) de la Ley 30/1994.

En el caso de que pretenda formalizarse en documento público una enajenación o un gravamen que hayan sido perfeccionados sin la preceptiva autorización del protectorado, el artículo 10.3 de la norma presentada impone al fedatario público el otorgamiento del acto, pero sometiénolo a la condición suspensiva de que se obtenga dicha licencia.

Los aspectos relativos a la aceptación de herencias, legados o donaciones por parte de las fundaciones, así como al procedimiento a seguir para obtener la autorización del Protectorado, que se considera preceptiva cuando se trate

de aceptar legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, son abordados por el artículo 11 del Reglamento, contemplándose la posibilidad de que el Protectorado condicione la autorización a la modificación de los Estatutos fundacionales. Para la regulación de los supuestos en los cuales la fundación acepte legados y donaciones con cargas, sin la preceptiva autorización del Protectorado o sin atender a sus condiciones, y también de aquellos otros en los cuales repudie una herencia o legado, o no acepte una donación, sin concurrir la mencionada autorización, el Ejecutivo se remite a la regulación establecida para las enajenaciones y gravámenes perfeccionados con idéntica carencia.

En el capítulo III del texto reglamentario se contienen los preceptos relativos al régimen presupuestario y contable de la fundación, dedicándose especial atención a la función fiscalizadora que corresponde al Protectorado en relación con la contabilidad de estas entidades, al desarrollo de los supuestos en los cuales las cuentas de la fundación han de someterse a auditoría externa, al destino de las rentas e ingresos de la fundación, y al establecimiento del importe que pueden alcanzar los gastos de administración. Especialmente interesantes son los aspectos que se refieren a la regulación de la autocontratación de los Patronos y apoderados generales o especiales con la fundación; en el supuesto de los Patronos, la autorización del Protectorado se configura como preceptiva, imponiéndose su denegación cuando el negocio encubra una remuneración por el ejercicio del Patronato, o cuando el valor de la contraprestación a recibir por la fundación, que ha de ser debidamente justificado en la solicitud de autorización, sea inferior al de la prestación a su cargo; en el caso de los apoderados generales o especiales de la fundación, la autocontratación exige la autorización previa, expresa y especial del Patronato.

El capítulo IV se ocupa de los problemas planteados por la modificación de los Estatutos fundacionales y la fusión de las fundaciones, desarrollando el procedimiento orientado a obtener la autorización del Protectorado cuando dicha licencia sea preceptiva y regulando la iniciativa conferida al Protectorado por la Ley 30/1994 para instar la fusión judicial de la fundación; también se abordan en este capítulo las cuestiones relativas a la extinción de las fundaciones, al procedimiento de liquidación de sus bienes, y al ejercicio de las competencias atribuidas al Protectorado en relación con la intervención temporal de las fundaciones cuya gestión económica ponga de manifiesto graves irregularidades que pongan en peligro su subsistencia, o cuya actividad se desvíe gravemente de los fines fundacionales.

En el capítulo V del Reglamento se contiene la que pudiéramos llamar parte orgánica de la norma, por venir dedicada al desarrollo de la organización y funciones del Protectorado y de la estructura, funciones y funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones, que se configura como órgano colegiado de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de la Presidencia, e integrado por representantes de la Administración estatal y autonómica y de las fundaciones.

Por último, la Disposición adicional primera de la norma presentada establece las funciones del Protectorado en relación con el cumplimiento de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general, que deben ser inscritas en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad, cuando ese cumplimiento afecte al ámbito territorial de dos o más Comunidades Autónomas. En este sentido, se desarrollan los deberes que incumben a los adquirentes de cargas duraderas, cuando no opten por

constituir una fundación con los bienes, o bien por integrarlos en una ya constituida, contemplándose la posibilidad de que el Protectorado ejercite la acción de responsabilidad en caso de incumplimiento doloso, negligencia grave o abuso de facultades, y de que los responsables de cumplir la carga propongan al Protectorado la reducción o redención de la misma, cuando concurren causas graves que lo hagan necesario.

5. TEJIDOS HUMANOS. Se regulan las actividades relativas a su utilización.

Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo («B.O.E.» del 23).

La presente disposición regula las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de los tejidos de origen humano, incluidas su donación, preparación, preservación, almacenamiento, transporte, entrada y salida de España, distribución, suministro e implantación, así como los requisitos que han de cumplir los centros de obtención e implantación de tejidos humanos y los bancos de tejidos humanos.

Especialmente interesantes resultan las previsiones establecidas con la finalidad de proclamar y garantizar la confidencialidad y gratuidad de las donaciones, la finalidad exclusivamente terapéutica de los tejidos procedentes de donantes vivos, y la emisión de un consentimiento previo e informado por parte del donante vivo, limitándose los tejidos que pueden donar los menores de edad a los residuos quirúrgicos, progenitores hematopoyéticos, y médula ósea, y asegurándose además la audiencia del menor, en los términos previstos por el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa.

6. TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. Se procede a la regulación de determinados aspectos relacionados con las mismas.

Reales Decretos 412/1996 y 413/1996, de 1 de marzo. («B.O.E.» del 23).

Mediante las disposiciones presentadas se ha procedido a dar cumplimiento a los mandatos dirigidos al gobierno por la disposición final primera y por la disposición final tercera de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

De esta manera, mediante el Real Decreto 412/1996 se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, incluyéndose algunas previsiones en relación con la información a donantes y usuarios, y con la garantía de secreto de la información recogida en la historia clínica de usuarios y donantes, así como de la contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones

Por último, en el Real Decreto 413/1996 se contiene la regulación de los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

2. Derecho de obligaciones

7. SUSTANCIAS QUIMICAS CATALOGADAS. Se establecen medidas de control de las susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.

Ley 3/1996, de 10 de enero. («B.O.E.» del 12).

La presente Ley tiene como finalidad el establecimiento de medidas de control tendentes a evitar que los productos químicos contemplados en su anexo I sean utilizadas para la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Así, las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación, transformación, procesamiento, almacenamiento, distribución, corretaje, transporte, comercialización, importación, exportación, tránsito, o cualquier actividad conexas con las mismas, de sustancias catalogadas, así como las personas que ejerzan como actividad no asalariada la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, y las personas o entidades no residentes que desarrollen en España las operaciones mencionadas, quedan sometidas a las obligaciones y requisitos establecidos por la Ley.

El contenido de esas obligaciones y requisitos incluye, en determinados supuestos, el deber de que los sujetos obligados se inscriban en el Registro General o Especial, según los casos, de operadores de sustancias químicas catalogadas (artículo 4.1 de la Ley), así como la obtención de una licencia de actividad, cuando se trate de llevar a cabo actividades referidas a sustancias catalogadas de la categoría 1 del anexo I de la Ley (artículo 4.2); además, las sustancias de esta categoría no podrán ser suministradas a sujetos que no estén también en posesión de dicha licencia (artículo 8 en relación con el 14.5). Para la exportación de las sustancias catalogadas se impone, según los casos, la obtención de una licencia individual para cada operación, o la de una licencia genérica, expedida en función de la solvencia profesional e integridad del solicitante (artículo 9, apartados 2 y 3).

Entre los restantes deberes impuestos por la Ley pueden destacarse los relativos a la colaboración con las autoridades competentes, etiquetado, identificación de la sustancia catalogada en la documentación mercantil y administrativa, conservación de documentos mercantiles y administrativos durante cinco años, y, tratándose de importación, exportación o tránsito de sustancias catalogadas, la llevanza de un registro detallado de las mencionadas actividades.

La norma establece también los departamentos competentes para el otorgamiento de las preceptivas licencias, y el régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos, incluyéndose la sanción accesoria de comiso de las sustancias catalogadas y del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción.

Desde la perspectiva del Derecho Privado, parece que nos encontramos ante una serie de sustancias que se califican como de tráfico prohibido en determinados supuestos, pero no ante cosas que puedan considerarse absolutamente fuera del comercio. El incumplimiento de los requisitos establecidos para la celebración de negocios jurídicos en relación con las sustancias catalogadas, es considerado como una infracción administrativa, y puede desencadenar la imposición de las correspondientes sanciones, como se deduce de

la redacción dada a los apartados 5 y 6 del artículo 14 de la norma presentada, que califican como infracción muy grave la realización de operaciones sobre sustancias químicas catalogadas de la categoría 1 con sujetos no expresamente autorizados para ello, y la importación y exportación de las mismas sin llevar el registro exigido por la Ley, pero en modo alguno permite prejuzgar la validez o nulidad del negocio jurídico a efectos civiles, y mucho menos entender que nos encontramos ante un negocio jurídico radicalmente nulo por inexistencia o ilicitud del objeto.

II. DERECHO REGISTRAL

8. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Se regula la inscripción en el Registro de la Propiedad de estos contratos.

Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero. («B.O.E.» del 14 de marzo).

El presente Real Decreto, promulgado en desarrollo del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, establece la necesidad de escritura pública notarial para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los citados contratos, así como de los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos.

No obstante, para paliar la onerosidad derivada de un sistema de inscripción registral fundado en la titulación pública, el texto presentado establece una reducción del 25% de los honorarios notariales y registrales, aplicable a los contratos de arrendamiento o a sus modificaciones y tanto si se trata de arrendamientos de vivienda como de usos distintos al de vivienda.

La norma reglamentaria se extiende también a la regulación de los datos que debe reunir el título inscribible, a la inscripción como asiento idóneo para hacer constar el arrendamiento en el Registro, y a la cancelación de las inscripciones de arrendamientos urbanos, siendo destacable la posibilidad de que la inscripción del arrendamiento de parte de una única finca registral se practique en folio independiente, bajo el mismo número que el de la finca, y con el número de orden correlativo que le corresponda.

9. REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL. Se aprueba su Reglamento.

Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo («B.O.E.» del 29).

La presente disposición constituye el desarrollo reglamentario de los artículos 36 y 37 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en virtud de los cuales se procedía a la creación de un Registro único de Fundaciones de competencia estatal, dependiente del Ministerio de Justicia y llamado a sustituir a los Registros existentes en diversos Departamentos ministeriales.

En este sentido, la norma presentada comienza por prever el traslado al Registro de Fundaciones de competencia estatal de los Registros actualmente existentes, que continuarán funcionando hasta la fecha que fije el Ministro de Justicia para la entrada en funcionamiento del Registro único.

En cuanto a la regulación del Registro de Fundaciones de competencia estatal, el Reglamento se limita a trazar sus líneas generales, extendiéndose a la indicación de los actos inscribibles, plazos para solicitar la inscripción, exigencias formales que han de reunir los títulos para ser inscritos, requisitos y contenido de la primera inscripción y de las inscripciones sucesivas, llevanza informática del Registro, calificación registral, publicidad formal y material, extensión de certificados de denominación, y régimen de recursos.

Algunos de los aspectos de la regulación contenida en el Real Decreto manifiestan una clara influencia de la normativa aplicable a los Registros de la Propiedad y Mercantil, pudiendo destacarse en este sentido la extensión de la calificación registral a la validez y solemnidades extrínsecas de los documentos presentados, la posibilidad de suspender la inscripción por apreciarse la existencia de defectos subsanables, la proclamación del carácter público del Registro para todos aquellos que tengan interés legítimo en conocer su contenido, el establecimiento de la certificación, nota simple informativa, o copia de los asientos como mecanismos de publicidad formal, o la expresa mención del principio de inoponibilidad, frente a terceros de buena fe, de los actos sujetos a inscripción que no hayan sido inscritos.

También son interesantes las previsiones establecidas en relación con el carácter informático del Registro (sin perjuicio de que la existencia de un archivo anexo en el que se conservarán los documentos relacionados en el artículo 4 del Reglamento), o con la posibilidad de que el encargado del Registro expida certificaciones acreditativas de que una determinada denominación está o no previamente inscrita; esta última posibilidad es especialmente importante porque para inscribir una fundación se exige que se acompañe certificación negativa de su denominación, contemplándose la posibilidad de que una determinada denominación se incorpore provisionalmente al Registro durante un plazo máximo de seis meses. En cuanto a las decisiones negativas del Registro de Fundaciones, se establece que las mismas han de ser adoptadas por el Director General de los Registros y del Notariado, entendiéndose desestimadas las solicitudes de inscripción cuando transcurrieran tres meses sin que hubiese recaído resolución expresa (silencio negativo).

III. DERECHO MERCANTIL

10. COMERCIO MINORISTA. Se establecen normas complementarias a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero. («B.O.E.» del 17)

Mediante la presente Ley Orgánica, promulgada al amparo de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución, se pretende evitar cualquier defecto de titularidad competencial que pudiera concurrir en todas o algunas de las Comunidades Autónomas integrantes del Estado, para el ejercicio de las facultades relativas a la ordenación del comercio minorista que la propia norma y la Ley 7/1996, glosada en estas mismas páginas de información legislativa, les atribuyen; en este sentido, la Ley presentada reúne, evidentemente, las características propias de una Ley Orgánica de Transferencia o Delegación de competencias estatales.

En sus aspectos sustantivos, que pese a las justificaciones apuntadas en la Exposición de Motivos deberían haberse integrado en la Ley 7/1996, toda vez que en modo alguno pueden entenderse como propios de Ley Orgánica al regular el ejercicio de la libertad de empresa, y por lo tanto referirse a un derecho reconocido en la sección segunda del capítulo I del Título I de nuestra Carta Magna, la norma no deja de ser curiosa, puesto que tomando como punto de partida la proclamación de una absoluta libertad de horarios, difiere la entrada en vigor de esa libertad hasta el 1 de enero del 2001, y ello siempre que para tal fecha el Gobierno haya acordado la aplicación de la misma con cada una de las Comunidades Autónomas. Sólo en defecto de regulación autonómica acerca de los horarios comerciales será de aplicación inmediata la libertad horaria (art. 3 *in fine* de la Ley).

Hasta la entrada en vigor de la absoluta libertad horaria, la norma presentada contiene las mismas previsiones contempladas en el Real Decreto-Ley 22/1993, de 29 de diciembre, mediante el cual se establecieron las bases para la regulación de horarios comerciales y que fuera presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo II, Tomo XLVII (disposición n.º 7); así, la Ley garantiza un horario global mínimo de setenta y dos horas a la semana, debiendo permitirse que los establecimientos comerciales puedan permanecer abiertos al público al menos ocho domingos o festivos al año.

Dentro del marco citado, el horario será libremente acordado por cada comerciante, si bien el horario máximo de apertura de los domingos o festivos puede ser limitado por las Comunidades Autónomas, siempre que se respete el mínimo de doce horas garantizado por la Ley. La determinación de los concretos domingos o festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos, se atribuye también a las Comunidades Autónomas.

La Ley contiene además una relación de los establecimientos a los cuales, por excepción, se atribuye plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos, incluyendo entre estos establecimientos a las tiendas de conveniencia, cuyo concepto se encuentra definido en la propia Ley, y a los establecimientos enclavados en zonas turísticas, cuya determinación, así como la de los períodos a los que se contraerá la libertad horaria, se remite a la respectiva comunidad autónoma.

11. COMERCIO MINORISTA. Se procede a su ordenación. Ley 7/1996, de 15 de enero. («B.O.E.» del 17)

La norma que nos ocupa, promulgada con la declarada finalidad de establecer el régimen jurídico general del comercio minorista y regular diversas modalidades de ventas especiales y actividades de promoción comercial, constituye una nueva aportación al imparable proceso descodificador. Por otra parte, su contenido no permite adscribir la norma presentada a ninguno de los dos grandes sectores en que tradicionalmente se suele dividir el Ordenamiento Jurídico, puesto que pese a venir predominantemente constituido por normas de naturaleza jurídico-privada, incluye también una serie de preceptos de carácter indubitablemente administrativo, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, los dedicados a la regulación de los requisitos exigibles para el otorgamiento de licencia para la instalación de grandes establecimientos, o los configuradores del régimen sancionador previsto en el título cuarto de la Ley.

Ofrece cierta semejanza, pues, con las normas reguladoras del llamado Derecho de los consumidores, campo muy próximo con el que podría unirse para integrar un nuevo ámbito, superador de las tradicionales divisiones, al que nos hemos referido otras veces en estas páginas.

Pasando ya al concreto contenido del texto presentado, nos encontramos con que el capítulo primero de su título primero está integrado por una serie de preceptos de alcance general, destinados a definir el objeto perseguido con la promulgación de la Ley, a fijar el concepto de establecimiento comercial, y a invocar la libertad de empresa y la libre circulación de bienes en todo el territorio español como pilares básicos de la actividad comercial; sin embargo, la apertura de grandes establecimientos se somete a una licencia comercial específica, que habrá de otorgarse o denegarse por la Administración Autónoma atendiendo a criterios tan difícilmente controlables por los Tribunales como la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento, y los efectos que el mismo pudiera ejercer sobre la estructura comercial de la zona en cuestión (artículo 6 de la Ley).

El capítulo segundo del título primero contempla, entre las prohibiciones para el ejercicio de la venta al por menor, la de que se expongan y vendan mercancías por personas cuya actividad principal sea la realización de préstamos, depósitos u operaciones de análoga naturaleza; se regula también la obligación de vender a los demandantes los artículos expuestos u ofrecidos públicamente y el ejercicio del derecho de desistimiento por el comprador. En relación con la forma de los contratos se reitera el principio general de libertad, imponiendo al vendedor la obligación de expedir factura, recibo o documento análogo, cuando la perfección del contrato no sea simultánea a la entrega del objeto, o el comprador tenga la facultad de desistir del contrato.

Entre los aspectos relativos a la garantía y servicio postventa, regulados en el mismo capítulo al que estamos haciendo referencia, destaca el establecimiento de un plazo de tres años para la prescripción de la acción o derecho de recuperación de los generos entregados por el comprador al comerciante para su reparación; ante tal previsión legislativa podemos preguntarnos si lo que prescribe es solamente la acción contractual o también la acción reivindicatoria, y, en este último caso, si el comerciante adquiere la propiedad por usucapación, pese a no poseer en concepto de dueño los géneros que se le entregaron para su reparación, o si la prescripción de la acción reivindicatoria opera con independencia del instituto de la usucapación, como se ha venido afirmando en relación con bienes inmuebles por alguna sentencia del Tribunal Supremo.

El capítulo tercero del título primero proclama el principio general de libertad de precios y los supuestos excepcionales en que el Gobierno del Estado, previa audiencia de los sectores afectados, podrá fijar los precios o márgenes de comercialización de determinados productos, así como someter sus modificaciones a autorización administrativa; también se establece la prohibición de la venta a pérdida y las excepciones a este principio, así como la interdicción de que los establecimientos creados para suministrar productos con precios reducidos para colectivos especiales oferten dichos productos al público en general.

El capítulo cuarto del título primero contiene una serie de especialidades, respecto a la regulación contenida en la legislación civil y mercantil, en relación con el pago de las mercancías adquiridas por los comerciantes; en este

sentido, se establece que, a falta de pacto, el pago debe hacerse el mismo día de la recepción de las mercancías compradas, imponiéndose la necesidad de que el crédito sea instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria cuando se pacten aplazamientos de pago que excedan de sesenta días desde la fecha de recepción de las mercancías, si bien la omisión de este requisito no prejuzga la validez de la obligación asumida, limitándose a constituir una infracción grave (artículo 65.2 de la Ley). Además se proclama el devengo automático de intereses moratorios a partir del día siguiente a aquél en el cual el pago debiera efectuarse, estableciéndose el tipo aplicable para determinar la cuantía de esos intereses en un 50% por encima del interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior.

El título segundo de la Ley regula las actividades de promoción de ventas, entendiéndose como tales las ventas en rebajas, las ventas en oferta y promoción, las ventas en saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa; además, el capítulo primero del mencionado título contiene una serie de preceptos orientados a evitar maniobras que puedan inducir a error a los consumidores, prohibiéndose que las prácticas de promoción se anuncien como una medida general cuando no comprendan, al menos, la mitad de los artículos puestos a la venta, exigiéndose la constancia del precio anterior junto al reducido, salvo que se trate de reducciones porcentuales, e imponiéndose la separación de los artículos ofertados a precio normal y a precio reducido. En este mismo capítulo se contemplan también algunos aspectos de la llamada venta multinivel, y se prohíben las ventas realizadas por el procedimiento denominado «en cadena o piramidal».

El título tercero de la Ley regula, bajo la denominación de «ventas especiales», las ventas a distancia, las ventas ambulantes, las ventas automáticas y las ventas en pública subasta, sometiendo su ejercicio a autorización administrativa y a inscripción en los registros que puedan establecer las Comunidades Autónomas.

En relación con las ventas a distancia, la regulación legal se extiende a la propuesta de contratación y su contenido mínimo, a los plazos de ejecución del pedido y de exigencia del pago, y al derecho de desistimiento reconocido al comprador en esta clase de ventas; en el caso de que el importe de una venta hubiera sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, pero sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, se contempla la posibilidad de que el titular de la tarjeta exija la anulación del cargo, sin perjuicio de su responsabilidad frente al vendedor cuando la compra hubiese sido efectivamente realizada por el mencionado titular. Constituye ésta la primera regulación legal, en nuestro Derecho, de la utilización de la tarjeta de crédito como medio de pago.

Además, y siempre en relación con las ventas a distancia, se impone la necesidad de respuesta expresa para que la aceptación pueda estimarse producida, prohibiéndose la remisión de artículos no solicitados por el consumidor. La regulación legal del supuesto planteado por la remisión de artículos no solicitados previamente es bastante curiosa, dependiendo la consecuencia jurídica aplicable de si resultara o no evidente que el envío se debió a un error: en el primer caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley, el receptor tiene la carga de comunicar al vendedor la recepción del objeto, debiendo guardarlo a su disposición durante un mes desde que lleve a cabo dicha comunicación, y teniendo derecho a retener el objeto hasta ser indemnizado

con una cantidad igual al 10% del valor en venta del objeto, o a hacerlo suyo, si la mencionada indemnización no le fuera satisfecha en el plazo antes indicado (suponemos que se trata del plazo de un mes a partir de la comunicación de la recepción errónea); por el contrario, y si no resulta evidente que el envío se debió a un error, el artículo 42.1 de la Ley establece que el receptor no estará obligado a la devolución del objeto, ni podrá reclamársele el precio, eximiéndole de la obligación de indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto en el caso de que decida devolverlo. Resulta evidente la inseguridad planteada por el hecho de que tan diversas consecuencias jurídicas se hagan depender de una circunstancia tan difícil de determinar en un caso concreto como la evidencia del error en que incurrió el vendedor, la cual probablemente habrá de determinarse considerando las circunstancias concurrentes y, muy en especial, el valor de los objetos remitidos, al resultar tanto más extraña la remisión sin aceptación cuanto mayor sea el valor de dichos objetos.

En la regulación de las ventas realizadas mediante mecanismos automáticos destacan las previsiones relativas a la información que ha de figurar en las máquinas de venta y la proclamación de la responsabilidad solidaria, frente al comprador, de los titulares de la máquina y los de la empresa en cuyos locales estuviera situada.

Los preceptos dedicados a la venta en pública subasta, aplicables a las efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor, se extienden a la regulación del contrato de subasta, procedente cuando los bienes objeto de venta no pertenezcan a la empresa subastadora y que deberá documentarse por escrito, a los requisitos de la oferta en subasta, y a la fianza exigible a los licitadores, que sólo será posible cuando tal condición se haya consignado expresamente en los anuncios de la subasta.

Se establece también la necesidad de que las ventas verificadas en pública subasta sean formalizadas mediante documento público o privado, que, en su caso, podrá ser otorgado por la empresa subastadora como mandataria del propietario del bien subastado, proclamándose la irrevindicabilidad de los bienes adquiridos en pública subasta, en la forma establecida por el artículo 85 del Código de Comercio, y la responsabilidad solidaria de la empresa subastadora, junto con el titular de los bienes subastados, por los vicios ocultos de la cosa vendida, cuando dicha empresa hubiese incumplido los deberes de información impuestos por el artículo 58 de la Ley.

La disposición adicional cuarta de la Ley impone la inscripción y el depósito anual de cuentas en el Registro Mercantil para las sociedades que se dediquen al comercio mayorista o minorista, a la realización de adquisiciones, o a la intermediación de las mismas por cuenta o encargo de comerciantes minoristas, cuando, en el ejercicio inmediato anterior, las adquisiciones realizadas o intermediadas, o sus ventas, hayan superado los 100.000.000 de pesetas.

Por último, la disposición final única relaciona los preceptos que son de aplicación general, por ampararse en las competencias exclusivas del Estado para regular el derecho privado de los contratos o el derecho mercantil de la competencia, los que tienen consideración de normas básicas, y los que son de aplicación meramente supletoria, en defecto de la legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas.

12. COMERCIO INTERIOR. Se procede a su regulación en Andalucía.

Ley del Parlamento de Andalucía 1/1996, de 10 de enero. («B.O.E.» del 16 de febrero).

Anticipándose a la promulgación de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa, y en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el artículo 18.1.6.^a de su Estatuto de Autonomía, se ha procedido a la promulgación de la presente norma legal, cuyo contenido básico es el siguiente:

En el título primero de la Ley autonómica se procede a delimitar el objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, definiendo lo que ha de entenderse por actividad comercial minorista y mayorista. Continuando con el imparable proceso de incremento de controles y órganos administrativos, se crea también el Registro de comerciantes y actividades comerciales de Andalucía, en el cual deberán inscribirse obligatoriamente, y con carácter previo al ejercicio de la actividad comercial, las personas físicas o jurídicas que vayan a ejercer una actividad comercial en Andalucía, sea mayorista o minorista y tengan o no establecimiento comercial permanente. Por último, incurriendo en la poco correcta costumbre de incluir en normas legales preceptos meramente programáticos y carentes de toda eficacia jurídica, se prevé el desarrollo por la Junta de Andalucía de cuantas actuaciones persigan la reforma de las estructuras comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma y la colaboración, a tal fin, con otras entidades públicas o privadas.

El título segundo se dedica a la regulación de las funciones y composición de la Comisión Asesora de Comercio Interior de Andalucía, órgano consultivo creado por la Ley con la finalidad de combinar adecuadamente los intereses, aspiraciones y propuestas de los sectores implicados en la materia: consumidores, trabajadores y comerciantes. A este órgano, adscrito a la Consejería competente en materia de comercio interior, se le transfieren además las competencias atribuidas a la Comisión Andaluza de Comercio Ambulante por la Ley autonómica 9/88, de 25 de noviembre.

El título tercero contempla el régimen jurídico aplicable a los horarios comerciales, aplicando a los establecimientos sometidos al régimen general el grado máximo de limitación tolerado en la actualidad por la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa, y antes por el Real Decreto-Ley 22/1993, de 29 de diciembre, presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo II, del Tomo XLVII, de esta Revista (disposición n.º 7); se permite así que permanezcan abiertos un máximo de setenta y dos horas semanales y de ocho domingos y festivos al año. En cuanto a los establecimientos a los cuales la normativa estatal confiere libertad horaria, la ley autonómica no contiene novedad alguna.

El título cuarto se dedica a contemplar los aspectos relativos a las grandes superficies comerciales, esos «templos del consumo» tan temidos por el pequeño empresario. Partiendo de una definición de la gran superficie coincidente con la establecida en la legislación estatal, la principal característica de la regulación andaluza consiste en subsumir la preceptiva autorización de la Comunidad Autónoma en la licencia de apertura; para ello se procede a integrar los diversos informes que han de emitir los órganos autonómicos dentro

del procedimiento de tramitación de la mencionada licencia municipal, estableciendo el carácter vinculante del correspondiente a la Consejería competente en materia de comercio interior cuando sea desfavorable, y debiendo entenderse dicho informe como positivo si no fuera notificado al Ayuntamiento en un plazo de dos meses.

En el título quinto de la norma presentada se contiene la definición legal y el régimen jurídico de una serie de ventas, consideradas como especiales por el legislador por perfeccionarse fuera del establecimiento comercial o en atención a su carácter promocional. Se dedica así una especial atención a las ventas a distancia, automáticas, domiciliarias, en pública subasta, con prima, en rebajas, de saldos, y en liquidación. Básicamente, la regulación autonómica se extiende a los requisitos exigibles para el ejercicio de tales actividades y a determinados aspectos de la publicidad y de la información a suministrar al consumidor en relación con los artículos objeto de tales ventas, superponiéndose a menudo a la regulación estatal vigente sobre la materia, incluso en aspectos considerados como competencia exclusiva del Estado por la Ley 7/1996, de 15 de enero.

Por último, el título sexto contiene el régimen sancionador aplicable a la infracción de los preceptos contenidos en la Ley, incluyéndose la posibilidad de que la autoridad que incoe un procedimiento sancionador ordene la intervención cautelar de las mercancías objeto del mismo, cuando existan indicios racionales de fraude o falsificación, imposibilidad de su identificación, o incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para su comercialización. Por cierto que, en determinados aspectos, el régimen sancionador contemplado en la Ley autonómica se opone a algunos preceptos de la Ley estatal 7/1996, presentada en estas páginas de Información Legislativa, y que han sido dictados al amparo de las competencias atribuidas al Estado por los artículos 149.1.1.^a y 149.1.18.^a de la Constitución: así ocurre con el artículo 65.12 de la norma autonómica, que considera falta grave la reincidencia en faltas leves, entendiendo, por vía de remisión a lo dispuesto en la Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo I del Tomo XLVI (disposición n.º 7), que hay reincidencia cuando se cometa en un año más de una infracción leve, mientras que en el artículo 67.2 de la Ley estatal 7/1996, se establece que la reincidencia en infracciones leves sólo determinará la calificación de la falta como grave cuando se incurra en el cuarto supuesto sancionable; también con la prescripción de las sanciones impuestas por falta leve, que según el artículo 74.c) de la Ley autonómica exige el transcurso de un año, mientras en el artículo 70.2 de la Ley estatal 7/1996 se produce por el transcurso de seis meses.

13. CONSUMIDORES Y USUARIOS: Se procede a la promulgación del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

Ley de Las Cortes de Castilla-La Mancha 3/1995, de 9 de marzo. («B.O.E.» del 5 de marzo de 1996).

Una vez incorporada al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha la competencia para el desarrollo legislativo sobre la defensa del consumidor y usuario, mediante Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo I del Tomo XLVII

(disposición n.º 16), la citada Comunidad Autónoma procedió a promulgar la norma objeto de presentación, publicada en el Boletín Oficial del Estado con notorio retraso y cuya característica más destacada es la de reiterar el contenido de la Ley estatal 26/1984 después de afirmar, en su Exposición de Motivos, que dicha reiteración se reduciría a los preceptos necesarios para asegurar una inteligibilidad autónoma de la Ley autonómica.

Así, tanto las disposiciones generales de la Ley presentada, como las relativas a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos y sociales de los consumidores, o a la proclamación del derecho a la información y educación de los mismos, apenas aportan mayor novedad que la innecesaria llamada a los poderes públicos autonómicos para que colaboren en la promoción y fomento de los indicados objetivos.

Mayor interés presentan los preceptos contenidos en el capítulo III del Título II de la norma presentada, que bajo la denominación de «protección jurídica, administrativa y técnica», regulan la inspección y control que compete a las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha en relación con la calidad de los productos, bienes y servicios, incluyéndose las normas relativas al estatuto del personal inspector (al cual se atribuye la consideración de autoridad a todos los efectos), a las obligaciones de los inspeccionados, a las actas de inspección, y a las diversas modalidades que la actuación inspectora puede revestir.

En el mismo capítulo citado, se contempla la posibilidad de que la autoridad competente ordene la paralización preventiva de los servicios, o la intervención cautelar de los productos afectados, cuando concurren claros indicios de riesgo para la salud y seguridad o de perjuicio para los intereses económicos de los consumidores; se incluye también una relación de medidas a adoptar por esa autoridad competente para garantizar la protección frente a los riesgos que afecten a la seguridad de dichos consumidores que, en algún caso, pueden afectar al principio de unidad de mercado consagrado por la doctrina del Tribunal Constitucional, pudiendo citarse en este sentido la posibilidad de imponer condiciones previas a la comercialización de un producto, a fin de que sea seguro, establecida por el artículo 17.2.d) de la norma autonómica.

En relación con las Organizaciones de Consumidores y Usuarios, contempladas en el Título IV de la norma presentada, se impone a las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha el fomento del asociacionismo de los consumidores, al tiempo que se prevé el establecimiento de fórmulas de participación activa de dichas asociaciones en programas conjuntos de protección de los consumidores, reconociéndose en favor de las mismas una serie de derechos y beneficios entre los que destaca el de audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; se impone además la creación, por vía reglamentaria, de un Registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de Castilla-La Mancha, en el cual habrán de inscribirse las asociaciones que deseen acceder a los derechos y beneficios aludidos. Como cauce adicional de participación se prevé el derecho a que representantes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios se integren, junto con otros de las Asociaciones de Empresarios, Cámaras de Comercio, y Administraciones Públicas de la Región, en el Consejo Regional de Consumo, configurado como principal órgano autonómico de representación y consulta en la materia.

También presenta cierto interés la regulación contenida en el Título V de la Ley autonómica en relación con el Régimen sancionador aplicable a las in-

fracciones en materia de consumo, puesto que, considerándose como tales las que así vengan establecidas por la legislación vigente, y contemplándose una graduación de las infracciones y un catálogo de sanciones análogo al regulado por la Ley estatal 26/1984, se confiere al Gobierno Regional la facultad de revisar y actualizar periódicamente las cuantías previstas para las sanciones pecuniarias. Además, y con aparente vulneración del principio de proporcionalidad, se establece un plazo único de cinco años para la prescripción de las infracciones en materia de consumo, prescribiendo no obstante la acción para perseguir dichas infracciones cuando, conocidas por la Administración competente para sancionar, y una vez finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, transcurran seis meses sin que se ordene la iniciación del oportuno procedimiento.

Por último, y en el Título VI de la norma presentada, se contienen una serie de preceptos orientados a clarificar la distribución de las competencias relativas a la protección de los consumidores y usuarios, destacando las que corresponden al Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma y las atribuidas a las Administraciones Locales, e imponiendo la necesidad de que dichas Administraciones Locales pongan en conocimiento de la Administración Regional los procedimientos que inicien y las sanciones que impongan, en evitación de rechazables duplicidades.

IV. DERECHO PROCESAL

14. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. Se procede a su regulación.

Ley 1/1996, de 10 de enero. («B.O.E.» del 12).

La presente Ley ha sido promulgada con el fin de determinar el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita, contemplado en el artículo 119 de la Constitución, y de regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad, acabando con la dispersión que se apreciaba hasta el momento en el régimen normativo de una materia tan íntimamente relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los aspectos más destacables de la nueva Ley son los siguientes:

1.— Se amplía el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, añadiendo a los beneficios reconocidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso, la asistencia pericial en el mismo, y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras y documentos notariales, así como de los documentos emanados de los Registros Públicos que puedan ser precisos para las partes en el proceso.

2.— De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, y siendo consciente el legislador de que puede ser demasiado riguroso limitar el acceso a la justicia gratuita, cuando de personas físicas se trata, a aquéllas cuyos ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente al momento de la solicitud, se contempla la posibilidad de reconocer el derecho en cuestión a las personas cuyos recursos e ingresos no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional, si bien de manera excepcional y en aten-

ción a las circunstancias especiales que concurran en el solicitante, o a los costes derivados de la iniciación del proceso.

3.— Se procede a desjudicializar el procedimiento orientado a reconocer el derecho a la asistencia gratuita; así, la solicitud correspondiente ha de presentarse en lo sucesivo ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal, o bien ante el juzgado del domicilio del solicitante, que dará traslado de la misma al Colegio territorialmente competente; dicho Colegio procederá a la designación provisional de abogado o a denegar esa designación, trasladando el expediente para su resolución definitiva a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, órganos administrativos creados por la Ley y en los cuales se encuentran representadas las instancias intervinientes en el proceso. La intervención de los tribunales se circunscribe a resolver, mediante auto no susceptible de recurso alguno, las impugnaciones planteadas contra las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

4.— En el artículo 16 de la Ley, y tras proclamarse que la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso, se establece la posibilidad de que el Juez, a fin de evitar la preclusión de un trámite o la indefensión, decrete la suspensión hasta que se decida sobre el derecho a litigar gratuitamente o la designación provisional de abogado y procurador; si la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se realizó antes de iniciar el proceso, y la acción puede ser perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción, se establece que dicha prescripción quedará interrumpida siempre que dentro de los plazos establecidos en la Ley no sea posible nombrar al solicitante abogado y, en su caso, procurador, reanudándose el cómputo desde la notificación al solicitante de la designación provisional o del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud. Por otro lado, y para evitar maniobras dilatorias, se prevé la posibilidad de que el órgano judicial que conozca de la causa compute los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se deriven.

5.— La norma presentada se extiende también a la fijación de los criterios básicos de la financiación del servicio de asistencia jurídica gratuita y al establecimiento de las reglas relativas a la prestación y funcionamiento del servicio, si bien con la flexibilidad precisa para permitir su posterior desarrollo por normas de inferior rango.

6.— La disposición adicional tercera de la Ley modifica la redacción de los artículos 844, 1701 y 1708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de adecuar las disposiciones reguladoras de la tramitación de los recursos de apelación, queja y casación, en los supuestos en que el recurrente tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, a la nueva regulación. Además, en virtud de la disposición derogatoria única de la norma presentada, se procede a la derogación de los siguientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto contienen la regulación de la justicia gratuita vigente con anterioridad:

— El inciso primero del número 4.º del artículo 4, cuando dice «justicia gratuita».

— Los artículos 13 a 50, ambos inclusive.

- Las reglas 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 1708.
- El artículo 1719.

7.— Por último, tanto las disposiciones derogatorias cuarta y quinta, como la disposición derogatoria única de la norma presentada, prevén la modificación y derogación de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre otras normas de menor trascendencia, siempre con la finalidad de adaptar el Ordenamiento procesal vigente a la nueva regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

V. OTRAS DISPOSICIONES

15. ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. Se crea la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

Ley 5/1996, de 10 de enero. («B.O.E.» del 12).

La presente disposición constituye el resultado de la tramitación, como proyecto de ley, de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas entidades de derecho público, y que consistieron, básicamente, en la supresión del Instituto Nacional de Industria y del Instituto Nacional de Hidrocarburos, y en la creación, y consiguiente regulación, de dos nuevos entes de derecho público: la Agencia Industrial del Estado, destinada a agrupar las participaciones públicas en las entidades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial, o a regímenes especiales derivados de su especial situación, y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, a la cual habrían de transferirse las participaciones de titularidad pública en las restantes entidades mercantiles.

16. ORGANIZACIONES INTERPROFESIONALES AGROALIMENTARIAS. Se desarrolla la Ley reguladora de dichas entidades.

Real Decreto 2070/1995, de 22 de diciembre. («B.O.E.» del 25 de enero de 1996).

Mediante el Presente Real Decreto se procede al desarrollo de la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, extendiéndose a la regulación pormenorizada de los procedimientos orientados al reconocimiento de las mencionadas organizaciones y a la extensión de sus normas al conjunto total de productores y operadores del sector o producto de que se trate; en relación con el procedimiento de extensión de normas, se confiere eficacia desestimatoria a la falta de resolución expresa del expediente, debido a la necesidad de que dicha resolución adopte la forma de Orden ministerial y a la relevancia normativa que la mencionada resolución puede tener para el conjunto de operadores del sector.

También se desenvuelven los aspectos relativos al procedimiento sancionador, al procedimiento de inscripción de dichas organizaciones en el registro creado por la Ley 38/1994, y a la composición y funcionamiento del Consejo General de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias.

17. PRECIOS PUBLICOS. Se procede a la regulación de determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes.

Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero. («B.O.E.» del 27).

La presente disposición pretende dotar de cobertura legal inmediata al sistema de financiación de los servicios públicos relacionados en su anexo, ante el vacío normativo creado por la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

El recurso al mecanismo del Decreto-ley se justifica por la imposibilidad de tramitar una ley por el procedimiento de urgencia, dado que las Cámaras fueron disueltas en virtud del Real Decreto 1/1996, de 8 de enero, previéndose que el Gobierno remita a las Cortes el correspondiente proyecto de Ley en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la norma presentada.

18. CONTRATACION ADMINISTRATIVA. Desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo. («B.O.E.» del 21)

En la presente disposición se lleva a cabo un desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y más concretamente de los aspectos relativos a la composición de las Juntas de Contratación, regulación del seguro de caución, acreditación de la capacidad de empresas no españolas, procedimiento para la resolución de los contratos, supuestos de exclusión en la aplicación de las especificaciones técnicas contempladas por el Ordenamiento Comunitario, y contenido de los anuncios de licitación y adjudicación de los contratos que hayan de publicarse en el «BOE» y en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Se extiende también la regulación contenida en el Real Decreto al esclarecimiento de algunos preceptos de la Ley 13/1995 y de determinadas normas reglamentarias, tales como los relativos a la inscripción de las empresas en el Registro Mercantil, aplicación de índices o fórmulas de revisión de precios, garantías, mesas de contratación y bajas temerarias, o a la acreditación del cumplimiento de obligaciones tributarias o de Seguridad Social.

En los aspectos referentes a las garantías se desarrolla la regulación de las condiciones que han de cumplir los valores para ser considerados como aptos a tales efectos, destacándose especialmente la idoneidad de la deuda pública y las participaciones en fondos de inversión que invierten exclusivamente en activos del mercado monetario o de renta fija; los valores objeto de pignoración, cuyos rendimientos quedan expresamente excluidos de la garantía, habrán de encontrarse libres de toda carga o gravamen en el momento de constituirse la garantía, y tampoco podrán ser gravados después por ningún otro acto o negocio jurídico, debiendo ser debidamente inmovilizados y constituyéndose la garantía en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, así como en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o entidades locales contratantes.

Se procede también al desarrollo de las características que han de reunir las garantías constituidas mediante aval y seguro de caución, incluyéndose los requisitos exigibles a las entidades que garanticen mediante aval y a las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España en el ramo del seguro de caución.

Por otro lado, la regulación contenida en el Real Decreto objeto de presentación es calificada como básica y dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, salvo en los aspectos abordados en los artículos que se relacionan en la Disposición final primera del texto reglamentario, considerados como de aplicación supletoria en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas.

19. RECLAMACIONES ECONOMICO-ADMINISTRATIVAS. Se aprueba el Reglamento de procedimiento relativo a las mismas.

Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo. («B.O.E.» del 23)

El presente Reglamento ha sido aprobado con la finalidad de adaptar la reclamación económico-administrativa a las variaciones operadas en el orden legislativo y sociológico durante los catorce años de vigencia de la regulación anterior, constituida por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, que fuera presentado en las páginas de Información Legislativa de esta Revista, correspondientes al fascículo IV, Tomo XXXIV (disposición n.º 26).

Las numerosas modificaciones introducidas en el texto presentado pretenden satisfacer dos finalidades tan difíciles de coordinar como las de reforzar las garantías del recurrente al tiempo que se confiere mayor agilidad y flexibilidad al procedimiento. Desde este prisma ha de contemplarse la creación de mecanismos tendentes a adecuar la tramitación a las peculiaridades concurrentes en cada asunto objeto de reclamación, la regulación de las reclamaciones de tipo reiterativo, que permite tener en cuenta la concurrencia de tal carácter para acelerar la decisión del expediente o extender la resolución dictada a supuestos respecto de los cuales cabría apreciar cosa juzgada, o la regulación de la suspensión de la ejecución de los actos recurridos, en relación con la cual se mantienen en la vía económico-administrativa las suspensiones acordadas en el recurso de reposición, se da acogida a la posibilidad de suspensión ante errores de hecho, se refuerza el carácter automático de la suspensión dotada de garantías líquidas, y se introduce la suspensión basada en la posible generación de perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «El mandato de crédito», Ed. Aranzadi, 1996.

La obra «El mandato de crédito» de la doctora María Luisa Arcos Vieira, editada por Aranzadi (1996) tiene como base la memoria de tesis doctoral presentada por su autora para la obtención del grado de Doctor.

Sin lugar a dudas se trata de una obra innovadora por varias razones. En primer lugar porque el objeto de su estudio es una figura contractual no ya sólo desconocida en el ámbito del Derecho civil del Código, sino también en el ámbito doctrinal. En este punto puede decirse que no es poco el esfuerzo de la autora al reconstruir un contrato, olvidado en la Codificación y sólo recogido en el Fuero Nuevo de Navarra. En segundo lugar, innovadora porque tampoco los estudiosos del Derecho Foral han dedicado al mandato de crédito la atención que se merece salvo algunos comentarios doctrinales realizados por el Prof. Rubio, director del trabajo. Innovadora asimismo por las posiciones que mantiene a propósito del contrato de mandato en general (alejándose de la concepción tradicional del mandato como contrato representativo), y del de crédito en particular. Y finalmente innovadora por su estructura. Tras abordar el análisis histórico de la figura la obra presenta un análisis inusual aunque quizá solicitado por la propia naturaleza de la figura analizada. Salvo la primera y cuarta parte de la obra (análisis histórico y régimen jurídico respectivamente), el núcleo del trabajo, es decir, su segunda y tercera parte, utilizan un método de trabajo por oposición o enfrentamiento: mandato de crédito frente a mandato y mandato de crédito frente a fianza.

Partiendo del tenor de la Ley 526 en su primer inciso (*Quien manda a otro que preste una cantidad o conceda un crédito a un tercero se hace fiador de la obligación contraída por éste*) la autora inicia su estudio retro trayéndose a sus orígenes históricos pero ello no por una simple intención o propósito erudito, sino que el modo de abordar dicho análisis histórico permite ya desde el inicio aventurar algunas líneas de la investigación que posteriormente se desarrollan a lo largo del trabajo.

En efecto, el análisis del mandato de crédito tal como lo configuró el Derecho romano permite abordar no sólo la figura en sí, sino también el mandato

en general. Dentro de él el Derecho romano distinguía el mandato *mea, tua y aliena gratia* según el interés de la gestión encomendada fuera para el mandante, para el mandatario o para un tercero, contruidos todos ellos a partir de supuestos específicos o ejemplificativos. El origen del actual mandato de crédito es el *mandatum pecuniae credendae* o *mandato de prestar dinero a un tercero*, calificado como un mandato *aliena gratia* o *aliena y tua gratia*. Esta especial figura, pone de relieve Arcos, si bien no se apartó del mandato acabó por aproximarse o ligarse a la fianza puesto que el principio de que el mandante debe resarcir al mandatario de los perjuicios que éste haya sufrido como consecuencia de la ejecución del encargo, tinó al mandato de crédito de cierta función de garantía que provocó el acercamiento a la fianza, proceso que culminó en la época justinianea con la inclusión del *mandatum pecuniae credendae* dentro de las obligaciones accesorias, con lo que se consideró de aplicación el régimen de la fianza (en especial con aplicación de los beneficios de excusión y de división).

En el Derecho intermedio el interés de la obra se centra no sólo en la evolución del mandato en general, sino especialmente en la inclusión expresa en las Partidas de la figura del mandato de crédito reproduciendo los criterios del mandato de crédito del Derecho romano. La posterior ausencia de la figura en la época de la Codificación y el olvido de la tradición jurídica representada por las Partidas se analiza razonadamente, ofreciendo además cuál es la calificación que merece el mandato de crédito en el Derecho castellano.

En efecto, ya desde el Proyecto de Código civil de 1836 se vislumbra la voluntad de excluir la validez del mandato de crédito al rechazar la validez del mandato en interés del mandatario y de un tercero. La posterior influencia de la doctrina francesa sobre el mandato representativo hizo que se produjera una confusión mandato-apoderamiento como contrato de confianza y el principio básico del mandato en interés exclusivo del mandante. A pesar de tal tesis, que no respondía a la tradición jurídica española, en el siglo XIX hay un progresivo avance de los partidarios del mandato representativo, si bien sigue habiendo opiniones aisladas fieles a la noción pura de mandato diferenciada de la procuración.

En cuanto al origen del contrato a examen en Derecho navarro histórico, el repaso de las fuentes del mismo hacen concluir a la autora que éste no contempló la figura del hoy denominado mandato de crédito, desconociendo asimismo las normas navarras la doctrina romana del mandato desprovisto de representación. La etapa compiladora del Derecho navarro no parece alterar la situación, tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Fuero Recopilado, introduciendo, eso sí, como novedad el denominado mandato calificado como aquél por el que el mandatario otorga mutuo a un tercero, sin que por ello se convierta el mandante en fiador, figura recogida a propósito de la regulación del mutuo. Fue la Recopilación Privada —precedente inmediato a la actual regulación del mandato de crédito del Fuero Nuevo—, la que recogió expresamente y por vez primera el mandato de crédito incluyéndolo entre las normas de la fianza, presentándose así como figura con función de garantía. La figura se diseñó con amplios perfiles, no sólo ceñida al mandato de prestar dinero sino a todos aquellos casos en que el mandatario se haga acreedor de un tercero. Asimismo el hecho de que el mandatario sea hecho fiador, según la configuración legal, alejó definitivamente el mandato de crédito del fenómeno de la representación. Como conclusión a esta visión histórica puede decirse que queda rechazada la unión mandato-poder y toma ya una base sólida

el concepto de mandato construido sobre la idea de interés de los sujetos intervinientes, considerando que es esencial para la existencia de mandato el interés del mandante.

La naturaleza jurídica del mandato de crédito como mandato y no como fianza también se establece expresamente en el texto de la recopilación Privada al preceptuar la Ley 572 que todo mandato ha de interesar al mandante, también cuando se presta por su encargo una cantidad de dinero a un tercero. El texto definitivo del Fuero apenas alteró las leyes de la Recopilación Privada.

Acabando la primera parte de la obra, la autora ofrece una buena descripción del mandato de crédito tal como aparece en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico. El examen de los Derechos europeos (suizo, alemán, portugués, entre otros) y alguno americano (colombiano) permite, por un lado, deducir que el Fuero Nuevo no supuso sino un acercamiento a otros ordenamientos que ya habían sentido la necesidad de regular la figura del mandato de crédito, y, por otro, permite una suficiente comparación de los diferentes regímenes.

Tras estas aproximaciones generales sobre el mandato de crédito, la segunda parte de la monografía profundiza ya en el estudio del mandato de crédito desde la perspectiva del mandato. Este contrato presenta una elaboración doctrinal no del todo pacífica que la autora concentra para justificar su propia postura divergente de las tesis generales. Posteriormente, el estudio del contrato de mandato se centra en su configuración por el Fuero Nuevo.

El análisis del mandato según el régimen común es abordado en la monografía desde tres puntos de vista: desde la perspectiva de la representación, desde el punto de vista del objeto del mandato y, por último, desde la actuación del mandatario por cuenta del mandante.

Respecto al primero —mandato y representación— el mismo se plantea bajo el prisma evolutivo de la doctrina española. A partir de la intención manifestada al tiempo del Código civil de compatibilizar ambas figuras, la autora analiza en primer lugar la tesis representada por Sánchez Román que liga inescindiblemente mandato y representación, concibiendo el mandato en interés del mandatario y de un tercero, o sólo del mandatario, como consejos sin carácter contractual, dejando sin explicar cómo puede haber representación en un mandato de prestar dinero a un tercero. Posteriormente, los esfuerzos por desentrañar el significado del art. 1717 CC —mandatario que actúa en nombre propio— llevó a la doctrina a entenderlo como calificable o encajable en un supuesto de representación indirecta por faltar el requisito de la actuación en nombre ajeno, aunque dicho mandatario actúa en interés o por cuenta ajena.

Cierto es que al admitir el mandato no representativo se amplía el concepto de representación; pero el mandato sigue incardinado en el ámbito de ésta. La representación se ha desvinculado del mandato pero no al revés. La evolución de la doctrina sobre el mandato no deja sin mencionar la tesis mantenida por Díez Picazo según la cual cabe un mandato no unido a representación en todos aquellos supuestos en que la gestión encomendada por el mandante al mandatario no exige relación con terceras personas. Pero entonces, ¿en qué se distinguiría el mandato del arrendamiento de servicios?, ¿podría concebirse un contrato de mandato en el que el mandatario lleve a cabo una actividad jurídica careciendo en absoluto de representación?

Expuestas a grandes rasgos las posturas doctrinales sobre la relación mandato-representación, la monografía aborda en segundo lugar la delimitación del objeto del mandato como «gestión de negocios ajenos». Asumida la caracterización del mandato como contrato retribuido se exige por un lado diferenciar el mandato de crédito de otros contratos afines y por otro lado, determinar la naturaleza jurídica de ciertos contratos celebrados entre quienes pueden englobarse en la categoría de «profesionales liberales» con sus clientes. Respecto al primer punto, la obra intenta ofrecer un criterio delimitador entre los contratos de mandato y arrendamiento de servicios. ¿Qué diferencia hay entre el art. 1709 y el 1544 CC? La búsqueda de dicho criterio parte del estudio de la expresión «gestión de negocios ajenos» como actividad de la que la doctrina parte para definir el mandato, y que permite sentar la afirmación de que supuestamente el mandato vendría a ser una modalidad de la figura de los contratos de arrendamiento de servicios en la que se gestionan negocios de otro por encargo suyo. El circunscribir el mandato a las actividades jurídicamente relevantes tampoco ofrece para la autora una base sólida puesto que dicha expresión deriva necesariamente su significado hacia el núcleo más reducido de la actividad jurídica. Ni siquiera puede entenderse el mandato como figura prevista para entablar relaciones jurídicas de gestión.

A raíz de las observaciones críticas de la autora a las posturas expuestas se aborda a continuación el examen del mandato desde la perspectiva de aquellos contratos de trabajo que consisten en la realización de actividades jurídicas. Estas y otras perspectivas llevan a la autora a concluir que la diferencia entre arrendamiento de servicios y mandato no puede establecerse en función del tipo de actividad a desarrollar por quien presta el servicio, renunciando a identificar el mandato por el tipo de actividad.

La siguiente línea de pensamiento lleva a considerar la posibilidad de que la citada distinción haya de encontrarse en la expresión «realizar una gestión por cuenta del mandante», «por cuenta ajena». ¿Qué quiere decir dicha expresión legal que afirma que el mandatario actúa por cuenta o encargo de otra persona (art. 1709 CC)? Tal cuestión es abordada no sólo desde las diversas posturas doctrinales que han intentado desentrañar el auténtico significado de tal expresión, sino también desde la perspectiva de figuras mercantiles (comisionistas, agentes...) que actúan asimismo por cuenta ajena. Todo ello hace llegar a la deducción de que describir la actividad del mandatario como actividad por cuenta ajena resulta insuficiente para delimitar el contrato de mandato y distinguirlo de figuras afines.

Finaliza el análisis del binomio mandato de crédito-mandato bajo la consideración de que el mandato de crédito es calificado como auténtico mandato por el Fuero Nuevo. Las normas sobre el mandato establecidas en dicho cuerpo legal llevan a precisar varias ideas: la clara separación entre mandato y representación (Leyes 52, 557, 559), la expansión del ámbito de aplicación de la disciplina del contrato de mandato a contratos de servicios (Ley 562) y la exigencia de que en todo mandato, la gestión ha de interesar al mandante (Ley 556). En base a tales criterios, la Ley 526, que recoge el mandato de crédito, si bien no concreta cuál es la naturaleza de tal contrato, posteriormente la Ley 556 es clara al concretar que el mandato de crédito es mandato porque interesa al mandante. Desde la perspectiva del Código civil (arts. 1709 y ss.) el mandato de prestar dinero a un tercero con cargo al patrimonio del mandatario no sería calificable como mandato en cuanto los efectos de la gestión no

recaerían en la esfera jurídica del mandante. Según la doctrina mayoritaria, sería incompatible con la esencia del mandato y merecería la calificación de contrato atípico al que deberían aplicarse preferentemente las normas de la fianza. El dato de que la concesión de préstamo sea a iniciativa del mandante hace entrecruzarse las normas del mandato como así ha puesto de relieve parte de la doctrina.

La tercera parte de la obra se dedica a poner en relación el mandato de crédito con la fianza a la vista, sobre todo, de que la Ley 526 FN hace al mandante de crédito fiador de la deuda contraída por el tercero, respondiendo así la figura a una indudable función de garantía. A lo largo de esta parte se intenta determinar si la noción de fianza conviene a la configuración jurídica del mandato de crédito y en qué medida, tanto desde la perspectiva del Código como del Furo Nuevo.

En un primer acercamiento a la fianza, la autora constata los esfuerzos doctrinales por ampliar la esfera de la misma, recordando que la obligación fideiusoria no sólo puede provenir de un contrato, sino también de una determinación legal o judicial. Por ello considera necesario establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la Ley 526 cuando ordena que el mandante «se hace fiador». En tal sentido no puede perderse de vista que la fianza en Derecho navarro se configura como *estipulación* o como figura similar a la misma y que, por tanto, es más bien una obligación fideiusoria que puede tener su origen tanto en una promesa, como en un contrato, como en la ley.

Explicar la naturaleza del mandato de crédito desde la perspectiva de la fianza precisa en primer lugar diferenciar entre fianza por deuda futura y contrato oneroso de fianza. En este punto, concluye Arcos, la diferencia entre mandato de crédito y fianza por deudas futuras radica en que «mientras en ésta el acreedor puede o no establecer la relación crediticia con el tercero, en aquél esta circunstancia no sólo constituye la obligación del mandatario sino que además resulta fundamental para la inteligencia del instituto». Por otro lado, la causa de cada uno de los contratos —mandato de crédito y fianza en general— en opinión de la autora debe ser localizada no tanto en la causa de las obligaciones sino en la causa de los respectivos contratos, en su función económico-jurídica. Mientras la fianza cumple una función de garantía, asegurando la satisfacción de un derecho de crédito mediante la asunción de una deuda propia, en el contrato de mandato de crédito la causa es la de promover y agilizar la concesión de un crédito: el mandante persigue el nacimiento de una obligación. En la fianza el centro de gravedad es el interés del acreedor, en el mandato el interés atendible es el de quien confiere el encargo.

Asumido que el mandato de crédito no puede ser analizado como fianza, ha de examinarse entonces el significado que ha de darse a la expresión de la Ley 526: «el mandante de crédito se hace fiador». En primer lugar no es fianza legal puesto que por tal se entienden los supuestos en que, por obra de la ley, determinada persona viene obligada a dar un fiador. Incluso frente a las posturas interpretativas más ampliadoras del concepto de fianza legal —Delgado y Carrasco— la autora se decanta por la opción de considerar que el mandante de crédito no es un «fiador legal». A su juicio, para el mandante de crédito, a pesar del tenor literal de la Ley 526 FN («se hace fiador») no surge ninguna obligación fideiusoria, sólo asumiría la obligación de dejar indemne al mandatario de los daños ocasionados por la ejecución del encargo de prestar dinero a un tercero. La citada expresión sólo sirve para poner de relieve la posición subsidiaria del mandante de crédito respecto del tercero, lo que con-

cuerda perfectamente, por una parte, con la obligación típica de todo mandante de responder por los daños frente al mandatario, y, por otra, con la ausencia de representación que caracteriza al mandato de crédito.

La cuarta y última parte del trabajo pretende diseñar el régimen jurídico del contrato de mandato de crédito siguiendo un esquema clásico de explicación: objeto, sujetos, cumplimiento e incumplimiento contractuales y extinción. En tal distribución de materias destaca, por su enlace lógico con la postura mantenida a lo largo del trabajo, el estudio del objeto del mandato de crédito, el cual, y contrariamente a lo que pudiera parecer a primera vista, defiende Arcos, no es propiamente la concesión de crédito a un tercero, sino la realización diligente de la gestión encaminada a dicho fin. Como todo mandatario, el compromiso del mandatario de crédito no alcanza a la consecución de un resultado (efectiva concesión de crédito). La obligación asumida pertenece por tanto a las denominadas «obligaciones de medios», caracterización que, por otro lado, se confirma en la propia Ley 555 FN para el mandato en general.

Por lo que respecta al concreto tipo de negocios que pueden surgir a consecuencia de la celebración de un mandato de crédito, la expresión «prestar una cantidad o conceder un crédito» de la Ley 526 debe ser interpretada en el sentido de excluir el préstamo de cosas diferentes al dinero, si bien incluiría aquellos negocios asimilables a la figura de préstamo o de apertura de crédito. A ello deberían añadirse los supuestos de aplazamiento de una deuda previa del tercero frente al mandatario de crédito, y los de prestación de garantía de dicho mandatario en favor de los acreedores de aquél, siempre que entre mandatario de crédito y tercero se aprecie una relación que explique el deber de este sujeto de restituir al mandatario-garante lo eventualmente desembolsado para satisfacer la deuda garantizada.

Sin duda la obra habrá de convertirse en referencia obligada no sólo para quienes pretendan conocer en concreto la figura del mandato de crédito, sino también para todos aquellos que desean profundizar en el estudio del mandato en general, así como para quienes centren su interés en el estudio de figuras con una relativa función de garantía, entre las cuales el mandato de crédito ostenta una especial posición.

TERESA HUALDE

CHABAS, François: «Introduction à l'étude du droit», tome I, premiér volume de las «Leçons de Droit Civil» de Henri, Leon et Jean Mazeaud et François Chabas, 11 éme ed. Editions Montchrestien, Paris 1996, págs. 628.

Cuando entre nosotros la Parte General de nuestra asignatura, por obra y gracia de las Directivas del nuevo Plan de Estudios, está sufriendo feroces acometidas con riesgo de desaparición en no pocas Universidades, lo que implica ruptura con la tradición inmediata sin beneficio aparente de nuestros estudiantes, puede resultar ilustrativo comprobar lo que acontece con la misma allende nuestras fronteras. Y lo primero que destaca en la obra que recensiono es que no se trata de una «Introducción al Derecho civil», sino de una «Introducción al estudio del Derecho» *tout court*, quedando así bien subrayada la importancia formativa general.

Descubrir a estas alturas las *Leçons* de los Mazeaud, sería ingenuo por mi parte. Baste decir que desde su aparición en 1955 ha sido una obra que ha alcanzado excelente acogida entre los estudiantes y entre los prácticos del Derecho; probablemente aquéllos apreciaron desde las primeras ediciones los útiles *sumarios* situados al frente de cada Lección -excelentes *aide-memoire* para el repaso- como la novedad de las variadas *Lecturas* estratégicamente situadas a lo largo de toda la obra que ponían al lector en contacto con el extracto de algún artículo famoso o con extractos de *arrêts* importantes relacionados con el tema. A partir de las ediciones 4.^a y 5.^a colabora el Prof. De Juglart en la actualización de la obra, y a partir de la 6.^a se hizo cargo en exclusividad el Prof. Chabas de la Universidad de París XII.

Adviértase que, dentro de la planificación general de la obra, el tomo primero comprende, además de esta Introducción, otros dos volúmenes dedicados respectivamente a las Personas y a la Familia.

El contenido de este volumen coincide en términos generales con el contenido habitual de nuestras Partes Generales, con menor presencia del negocio jurídico (apenas 30 páginas dedicadas a los hechos y actos jurídicos) y unas interesantes páginas dedicadas a la historia del Derecho privado francés, organización judicial, carga de la prueba y medios de prueba. También se anticipan otras materias tales como las obligaciones naturales o el mecanismo de la sucesión *mortis causa* al tratar del patrimonio familiar. A destacar la excelente labor del Prof. Chabas que, sin recargar el texto, ha introducido notas muy ricas de doctrina y jurisprudencia.

Hay que seguir reivindicando para nuestra disciplina una Parte General que ofrezca a los estudiantes los indispensables conceptos de norma jurídica, fuentes del derecho, codificación, derecho subjetivo, patrimonio y negocio jurídico. De Francia viene el estímulo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Contrato de *factoring* y cesión de créditos».

La recensión a la obra del profesor J. García de Enterría, «Contrato de *Factoring* y cesión de créditos», ha de comenzar, sin duda, subrayando la inestimable aportación jurídica que a través de esta monografía se realiza, mediante un exhaustivo análisis de una de las figuras contractuales más inciertas y difusas desde el punto de vista de su ordenación jurídica: el *factoring*.

En efecto, la incertidumbre e indefinición jurídicas en que se mueve esta institución obligan al autor a discernir sobre delicadas cuestiones de calificación jurídica, que traspasan el ámbito estrictamente mercantil, y que inciden inevitablemente en las rígidas estructuras civilistas. Por ello, constituye por sí mismo un acierto la clarificación que en el estudio de García de Enterría se verifica del contrato de *factoring*, cuya finalidad última es contribuir a la instauración y normalización definitiva de este contrato mediante su canalización a través de los instrumentos jurídicos existentes.

Previamente a la profundización en aquellos aspectos más destacados de esta obra, hay que reseñar, en cuanto a su sistemática, que el desarrollo que se

realiza permite una fácil aproximación y posterior análisis de esta figura contractual. Después de definir el *factoring*, el autor se adentra en los distintos servicios que, como consecuencia de la transmisión de créditos por parte de un empresario, se prestan por las sociedades especializadas que son las entidades de *factoring*:

— El servicio de gestión, por el cual la sociedad de *factoring* se encarga de todo lo relativo al cobro de los créditos que le transmite el empresario y que se configura como un simple apoderamiento.

— El servicio de garantía, por el que la entidad de *factoring* asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido cubriendo al empresario frente a este riesgo.

— El servicio de financiación, por el que se anticipa al empresario el importe de los créditos transmitidos, lo que le permite movilizar sus créditos y obtener así una mayor liquidez.

Las funciones referidas no excluyen, sin embargo, la posible prestación de otros servicios de menor entidad que también son aludidos en el trabajo.

Finalmente es notoria y relevante la configuración que García de Enterría hace de la eficacia traslativa del mecanismo de la cesión en función de las distintas modalidades que puede presentar el *factoring*, a las que califica jurídicamente, así como el estudio de la oponibilidad frente a terceros que de ella se deriva, con especial detenimiento en la decidida protección que se concede al deudor cedido y respecto de la cual nuestro autor expone significativas consideraciones.

Así esquematizadas las líneas generales de este estudio jurídico, resulta esencial desglosar, respetando su sistemática, los principales planteamientos desarrollados.

En primer lugar y en lo referente al contenido del contrato de *factoring*, se analizan con gran concisión y nitidez los servicios más destacados que se operan a través de esta innovadora figura.

Por lo que respecta a la función administrativa o de gestión de los créditos cedidos, hay que señalar la indudable simplificación de gastos administrativos y contables que comporta al empresario-cliente, y ello sin perjuicio de que en los formularios usualmente empleados para este contrato existan únicamente referencias tácitas a esta actuación.

A pesar de que la constatación de esta función en los formularios no sea a veces tan expresa como sería deseable, sin embargo no puede desconocerse su extraordinario interés, porque tal y como admite el autor puede verse incluso reducido el riesgo de incumplimiento del deudor que quiera conservar su crédito frente a otros empresarios, facilitando la circulación de créditos.

La función de garantía, consistente en la asunción por la sociedad de *factoring* del riesgo de insolvencia del deudor cedido, presenta indiscutibles ventajas, aunque subordinadas a las facultades de aprobación de créditos y de fijación de límites de riesgo por la entidad de *factoring* a las que se vincula la prestación de este servicio, que suele limitarse a los supuestos de insolvencia declarada judicialmente o, incluso, pública y notoria. A este respecto, se pueden exponer, no obstante, ciertas consideraciones acerca de esta reducción del ámbito del servicio de garantía de la sociedad de *factoring*, por cuanto el mismo se hace depender normalmente de una declaración judicial de insolvencia.

Quizás sería recomendable entender —e incluso plasmarlo claramente en el clausulado del contrato— que esa insolvencia del deudor cedido no exige resolución judicial declarándola, para evitar así los inconvenientes de procesos dilatados en el tiempo que impidan obtener las garantías requeridas por los empresarios para el desarrollo continuado de la actividad comercial.

Finalmente se incide en el servicio financiero por el que se anticipa al cedente el importe de los créditos cedidos, procurándole una mayor liquidez económica a cambio de intereses sobre las cantidades percibidas previa aprobación del crédito por la sociedad de *factoring*.

Expuestos los anteriores planteamientos, resultan acertadas las manifestaciones de García de Enterría respecto de la ductilidad y flexibilidad de esta polivalente figura jurídica, que permite a través de la libertad contractual combinar una multitud de servicios, que serían inoperables de un modo global mediante cualquier otro contrato aislado.

Seguidamente, tras ocuparse del contenido de esta institución, el autor se adentra en la forma de la transmisión de créditos y en los problemas que suscita la adecuación del instrumento de la cesión al desarrollo de estas cesiones.

En efecto, el mecanismo empleado en la práctica para canalizar la transmisión de los créditos a la entidad de *factoring* es el regulado en los arts. 1526 y ss. del CC y 347 y 348 del CCO, presentando todos ellos coincidencias esenciales. Se rechazan otros mecanismos jurídicos como la subrogación, porque se presentan inadecuados e insuficientes en nuestro Derecho, sobre todo para explicar el carácter optativo de la función financiera asumida por la entidad de *factoring*.

Sin embargo, una vez realizada la opción por la cesión de créditos, y a la vista de la rigidez de su regulación legal, impeditiva en principio de la globalización que exige la actividad empresarial, el autor trata de salvar las disfunciones que se ocasionan optando por el contrato preliminar de la cesión de créditos. Mediante este *pactum de contrahendo*, el empresario se obliga a ceder a la entidad de *factoring* los créditos generados por su actividad profesional a medida que vayan surgiendo. Se configuraría, según García de Enterría, como un «contrato marco» que regularía las consecuencias jurídicas de las distintas cesiones que lleguen a ejecutarse y en el que la sociedad cesionaria se reserva la facultad de aprobación previa para prestación de los servicios más cualificados (financiación y garantía), realizando a tal efecto una valoración no discrecional. La construcción del contrato preliminar permitiría justificar la desintegración de la operación de *factoring* en múltiples negocios de cesión a juicio del autor, cuya periodicidad, cuantía y formalidades se subordinarían inevitablemente a la entidad de *factoring*. Efectivamente, este planteamiento, tal y como se deduce de esta obra, no estaría exento de dificultades teóricas y, a nuestro parecer, también prácticas. Así, se derivarían cuestiones no precisadas, que podrían originar problemas de una cierta importancia jurídica. En efecto, el contrato preliminar no cuestiona en modo alguno el cumplimiento de la obligación de la cesión de créditos y su correlativa de prestación de servicios, dado que son inexcusables, sino la determinación del momento de exigibilidad o puesta en vigor del contrato definitivo, sobre todo en los precontratos de vínculo unilateral, es decir, en aquéllos en donde una sola parte se obliga a contratar en firme, dejando al arbitrio de su contraparte ultimar el negocio jurídico. En este sentido, la ausencia de regulación legal del contrato preliminar podría generar escollos jurídicos de cierta envergadu-

ra en su entendimiento por los Tribunales, relativos a su posible exigibilidad en el devenir de la actividad empresarial, especialmente cuando existiera una negativa contractual al desarrollo del contrato marco preestablecido. La construcción del contrato de *factoring* como negocio preliminar no es en modo alguno intrascendente, ya que esta vinculación sin efectividad inmediata deja en suspenso el cumplimiento obligacional, suscitando interrogantes respecto a la viabilidad jurídica de posibles reclamaciones inter partes del contrato definitivo y sobre obligatoriedad en las consecuencias íntegras del mismo. En nuestra opinión, la implantación paulatina del *factoring* configurado como contrato previo podría motivar también en la práctica jurídica cuestiones no suficientemente especificadas sobre la posible preferencia de los acreedores del cedente ante la entidad de *factoring* en la fase temporal comprendida entre la configuración del contrato marco hasta el desarrollo efectivo y concreto del mismo. El íter negocial complejo de formación sucesiva que caracteriza la promesa del contrato repercute en las vicisitudes de la relación contractual, de tal forma que, como afirma Díez-Picazo con rotundidad, previamente a la existencia de cumplimiento de la promesa no pesan sobre los contratantes deberes, ni le son concedidos derechos. Con ello pretendemos únicamente dar a entender que la preferencia alegable por los acreedores del cedente sobre los créditos del empresario-cliente, perjudicaría indudablemente a la sociedad especializada, lo que podría menoscabar el desarrollo de las actividades de *factoring* en nuestro país. Es por ello que si bien el contrato preliminar es un instrumento importante en el *factoring*, tal y como expone García de Enterría, deja abiertas sin embargo numerosas brechas derivadas de su polémica construcción, aunque es de esperar que se solventen con la práctica de los Tribunales.

Ante estos obstáculos, que a algunos pudieran parecer ineluctables, se relatan a continuación en este estudio otros mecanismos jurídicos empleados por el *factoring* en el Derecho comparado, como la cesión global y anticipada de créditos existentes y futuros, que se verificaría de un modo automático previa aprobación por la sociedad cesionaria. Incluso según esta tesis podría recurrirse a la condición potestativa para explicar esta potestad de aprobación que de todos los créditos se reservan las sociedades de *factoring*. Este modelo supone que la transmisión se verifica en un solo acto y constituye el efecto del contrato de cesión, sin necesidad de acto alguno de «tradición» y sin que la necesidad de aprobación individualizada de los créditos alteren el carácter global. Sus ventajas son sobre todo tuitivas de la sociedad de *factoring*, por cuanto evita los inconvenientes de la disgregación de la operación en una multitud de negocios de cesión y asegura a aquélla la adquisición directa de todos los créditos que nacen de la relación negocial, evitando así posibles conductas desleales del cedente. De igual modo, los empresarios se beneficiarían simultáneamente al poder obviar las cargas derivadas de las cesiones singulares y satisfacer, en consecuencia, un menor coste por los servicios prestados.

En la práctica española se opta en los formularios de estas empresas por el precontrato como soporte jurídico, sin duda para evitar la posible distorsión que en los esquemas legales —pensados para cesiones singulares de créditos ya existentes— produciría una cesión global de créditos.

Bajo el título «La cesión global o en masa», el autor rechaza de un modo explícito la aplicabilidad del art. 1532 CC, por la exclusión de cesiones aisladas de créditos, que generaría su interpretación literal y que a su juicio es im-

prescindible para estimular a las sociedades de *factoring* a celebrar este contrato. Esta cesión permite una atención individualizada de los créditos, aunque su validez en nuestro sistema jurídico no es una cuestión resuelta. Ante ello, algunos ordenamientos como el francés e italiano reconocen explícitamente su admisión. El examen jurídico de la cesión de créditos futuros permite presuponer que la principal resistencia a esta posibilidad reside en el art. 1529 CC, en cuanto parece imponer la «existencia» efectiva de los créditos cedidos. Pero, según García de Enterría, este inconveniente se podría obviar a través del art. 1271 CC, el que admitiría la posibilidad de determinar el objeto del contrato a través de criterios específicos fijados en los respectivos negocios contractuales. Por ello, y aunque sería deseable una instauración legislativa de esta institución, tal como expone el autor, parece verosímil jurídicamente la agrupación de créditos en un único acto de cesión global y anticipado.

A continuación, resulta necesario profundizar en la eficacia traslativa de los créditos del contrato de *factoring* desarrollada en el capítulo III. Así, una vez configurado como un negocio jurídico indudablemente causal, se manifiesta la diversidad de la naturaleza causal correspondiente a los diversos servicios prestados por la sociedad de *factoring*: respecto del servicio de gestión en el *factoring* con recurso y sin financiación, se trataría de una comisión de cobro, carente de aptitud causal para producir una cesión plena del crédito, y generadora únicamente de un simple apoderamiento y legitimación en favor del cesionario. Se aplicarían las normas del mandato y podría admitirse que se trata de una cesión puramente fiduciaria dado que los créditos no llegan a salir del patrimonio del cedente y el dominio de los mismos no se ve afectado.

Por lo que respecta a la función de garantía, los servicios prestados exceden del estrecho margen de la comisión o del mandato que impiden una transmisión plena de los créditos y según la tesis de García de Enterría, se situarían en los esquemas contractuales de la compraventa, tal como suele entenderse en los países más avanzados. Así correlativamente a lo expresado en el art. 1445 CC, la asunción del riesgo de insolvencia del deudor, se produciría por las entidades de *factoring* a cambio de la transmisión de los créditos por el empresario. Por lo que respecta a la remuneración de la sociedad de *factoring*, se establece por la diferencia entre el valor que se satisface por el crédito y el valor de realización del mismo, a modo de porcentaje sobre el valor nominal del crédito. Si existiese anticipo por la sociedad cesionaria se trataría de un pago al contado y en caso contrario de un aplazamiento del mismo.

Finalmente, en el servicio de financiación, el problema de calificación jurídica se plantea cuando la única prestación a realizar por la sociedad de *factoring* es la de aportar liquidez al cliente. La transmisión efectiva de los créditos podría quedar en entredicho en este supuesto que, según el autor, no sería calificable como préstamo. La configuración del *factoring* con recurso y con financiación como compraventa (peculiar sin duda pero acorde con su causa típica) es asumida en este estudio, tras exponerse su similitud y diferencias con el contrato de descuento. En este sentido, el contrato de *factoring* presenta una mayor complejidad por la enorme variedad de prestaciones que ofrece en relación a los distintos créditos cedidos, aunque el análisis del contrato de descuento se manifiesta como una cuestión abierta a la discusión doctrinal. En todo caso, para dicha calificación jurídica se reconoce como principal dificultad la que radica en la obligación de restitución de lo anticipado en caso de incumplimiento del deudor. La preeminencia de la libertad

contractual permitiría, según se estima, resolver sobre el riesgo de cobro de los créditos, en la medida que convenga a los intereses negociales. Se pone de manifiesto el carácter dispositivo del art. 1529, ya que puede ser modificado en los contratos a título oneroso en los que las partes pueden contratar sobre la atribución del riesgo de insolvencia sin que la naturaleza del negocio se vea afectada.

Desde nuestro punto de vista, y tras señalar la posición de García de Enterría respecto de la calificación jurídica del *factoring*, entendemos que la opción por la prenda de créditos en este sentido, no sería artificiosa, sobre todo si, tal como reconoce algún sector doctrinal, no encierra en sí misma una verdadera prenda sino una cesión condicional del crédito con fines de garantía. En la prenda de créditos, dado que no son éstos susceptibles de posesión, se trata de suplir su entrega por la notificación del empeño al deudor, para que se abstenga de pagar al acreedor básico. La calificación como prenda de créditos sería pues viable en principio, y si bien está siendo objeto de un creciente desarrollo doctrinal, adolecería también de una gran indeterminación jurídico-práctica, susceptible de promover ciertas reticencias.

Respecto del capítulo relativo a los efectos de las cesiones de créditos en el *factoring*, se incide en las cuestiones de oponibilidad frente a terceros y en los posibles conflictos entre diversos cesionarios, cuando el crédito se cede a más de una persona, así como en la eficacia con relación al deudor cedido.

Las formas de oponibilidad remiten al art. 1526 del CC del que no se puede deducir una limitación en los medios de prueba de la certeza de la fecha de la cesión sino que el cesionario gozará de prioridad sobre los acreedores del cedente, cualquiera sean los medios por los que acredite la cesión efectiva. Ahora bien, deben ser las cesiones por separado las que cumplan los requisitos de oponibilidad del Código civil mediante su constancia escrita, por carecer de significación la elevación a escritura pública del contrato de *factoring* como tal. Por ello las sociedades de *factoring* se suelen reservar en los formularios la posibilidad de obligar al empresario a elevar a escritura pública la cesión de créditos singulares, para obtener, según se señala, la preeminencia frente a terceros. Resulta muy discutible, y de esta forma se manifiesta por García de Enterría, la aceptación de la elevación a escritura pública del acto de cesión global y anticipada de créditos. Esta solución, que permitiría dotar al contrato de *factoring* de una eficacia *erga omnes*, por lo tanto incluso respecto de los acreedores del cedente, encuentra obstáculos jurisprudenciales, por la ausencia de cualquier sentencia al respecto. El reconocimiento por el autor de estas dificultades no es óbice para su posicionamiento con cautelas en favor de esta posibilidad, en base a las repercusiones favorables que se generarían para los acreedores. En nuestra opinión, resultaría difícil compaginar la prioridad de las sociedades de *factoring* a consecuencia de una escritura de cesión global de créditos con los principios mercantiles y civiles de prelación de créditos, en especial los que reconocen la existencia de acreedores privilegiados. Es decir, las dificultades de la oponibilidad de la cesión de créditos futuros a través de una escritura es manifestada por el autor aunque reconociendo que no debiera comportar problemas cuando se dota al acto de cesión de una fecha cierta. En nuestra opinión, el obstáculo a ello no radica tanto en el desconocimiento de la figura de la cesión global de créditos en nuestro país, como en los términos expresados en los arts. 1921 y siguientes del Código civil referentes a la graduación y prelación de créditos. En éstos, se enumeran

créditos que podrían anteponerse preferentemente a los escriturados por la sociedad de *factoring*, dado que el art. 1924 CC difiere la preferencia de los mismos. Incluso el Código de Comercio en materia de quiebra reconoce que existen acreedores más preferentes que los escriturarios sin distinción de fechas, pues sólo entre estos últimos se debería atender para el cobro, al orden de las mismas. Ello, sin perjuicio de que la escritura pública de un contrato marco, cuando aún no se ha aceptado el crédito y no hay cesión plena, carecería de efectividad frente a terceros.

Dentro del capítulo IV, se analiza la inalterabilidad de la posición jurídica del deudor cedido, acogida en nuestro ordenamiento. En efecto, la tutela legal brinda al deudor una amplia gama de excepciones entre la que destaca la *exceptio non adimpleti contractus*, por la que puede negarse a pagar a la entidad de *factoring* argumentando el incumplimiento obligacional del cedente. Incluso el deudor cedido gozaría de la facultad de compensación de las cesiones no consentidas por él mismo frente a la sociedad de *factoring* siempre que el contracrédito hubiera nacido antes del conocimiento o notificación de la cesión. Se profundiza en este tema a través de la interpretación del art. 1198 CC. Finalmente existe una reflexión sobre el pacto de incredibilidad que usualmente imponen los operadores económicos en los formularios, amparado en el art. 1112 CC. Este pacto favorecería la labor gestora del deudor pero podría perjudicar a los acreedores, que verían reducida su capacidad dispositiva de los créditos y cuyo incumplimiento obligaría a resarcir al deudor cedido, aunque sin afectar a los cesionarios de buena fe. A pesar de que el autor parece admitir el *pactum de non cedendo* con eficacia real, sería forzado deducir de una interpretación a *sensu contrario* del art. 1112 CC esta conclusión, porque las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso son compromisos obligacionales de no disponer, sin trascendencia respecto a terceros. Su eficacia *inter partes* se confirmaría por el hecho de su no accesibilidad al Registro. Ello especialmente porque la posición adoptada en el art. 26 de la Ley Hipotecaria en cuanto a las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, incluso respecto a las que tengan su origen en resolución judicial o administrativa es decididamente favorable a su constatación registral para evitar que puedan surgir terceros protegidos por la fe pública registral. Sin embargo, el art. 27 de la misma Ley, como consecuencia de su aplicabilidad, admitiría la validez del acto de contravención de la prohibición de disponer cuando se trata de actos a título oneroso, respecto de terceros, sin perjuicio de que tal y como se expone en esta obra se generase una indemnización a cargo del infractor de la misma. Desde el punto de vista del Derecho Hipotecario estos pactos obligacionales de no disponer no sólo no podrían tener un reflejo registral, sino que tal y como reconoce la Dirección General de Registros y Notariado, en el supuesto de que accediesen al Registro, procedería su cancelación conforme al art. 98 de la LH.

Finalmente, y como conclusión, sólo resta manifestar explícitamente el profundo interés jurídico que esta obra suscita, incidiendo en un tema prácticamente inédito en la elaboración doctrinal española: la conexión del *factoring* con la cesión de créditos. En definitiva, el resultado es un estudio de gran rigor, que permite un acercamiento científico al contrato de *factoring*, erigiéndose indudablemente en referencia obligada para desentrañar la problemática de esta incierta figura mercantil.

NÚÑEZ MUNÁIZ, Rodrigo: «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Editorial Dykinson, 1996, págs. 604.

La publicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha supuesto una de las novedades legislativas más detascables de los últimos tiempos.

Su elaboración obedeció tanto por la necesidad de acomodar nuestra legislación a las recientes Directivas comunitarias sobre la materia (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, relativas, respectivamente, a los contratos de servicios, de suministros y de obras), como al objeto de establecer mayores garantías en defensa de la transparencia en la tramitación de los expedientes de contratación, como medida de lucha eficaz contra la corrupción.

No hace mucho comentábamos en estas páginas la aparición de una de las mejores obras doctrinales que, hasta la fecha, se habían publicado sobre la citada Ley (Pendas García y otros: *Derecho de los contratos públicos*, Editorial Praxis, S.A., Madrid, 1995).

Pues bien, la presente obra obedece a otra finalidad. No cabe duda que en materia de contratación administrativa es de vital importancia, para el jurista práctico, no sólo conocer la opinión de los autores, sino también la doctrina emanada del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Con esa finalidad surgió a finales de los años setenta una magnífica obra de un Interventor de la Administración Civil del Estado (Moreno Gil, *Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978), agotada hace tiempo, que presentaba tal doctrina de forma sistemática, siguiendo el articulado del viejo Reglamento General de Contratación de 1975.

Pues bien, la presente obra, también procedente de un Interventor de la Administración del Estado, supone, por su finalidad y su sistemática, una clara continuación del citado trabajo de Moreno Gil, incorporando las sentencias, informes y dictámenes surgidos en los últimos años.

Núñez Munáiz ofrece una copiosa doctrina, en relación con cada artículo de la nueva Ley, que comprende, en su totalidad, más de un millar de sentencias del Tribunal Supremo, y más de seiscientos dictámenes e informes del Consejo de Estado, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de la Intervención General de la Administración del Estado.

Es cierto que la presente obra carece de aportaciones propias de su autor. Pero ello no debe entenderse, en ningún caso, como un demérito en su labor, ya que esa no parece haber sido la finalidad perseguida. El objetivo del autor, cumplido con pleno éxito, ha sido el de presentar una obra eminentemente práctica, dirigida tanto a las Administraciones Públicas, como a los profesionales dedicados a la contratación administrativa, que facilita la interpretación del articulado de la Ley con la doctrina más autorizada sobre la materia.

En conclusión, la presente obra, fruto de un notable esfuerzo de su autor, supone un eficaz instrumento de trabajo, de consulta obligada para todos los profesionales implicados en la materia.

SCHWEIZER, L.: «Le statut des oeuvres d'art créés en établissement psychiatrique», Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1996, págs. 292.

Este libro, que es la tesis doctoral del autor con ciertas modificaciones, se caracteriza tal y como señala en el prólogo el profesor François Dessementet por las cualidades de la originalidad y la agudeza. Parte de su originalidad se debe al hecho de que hasta el momento éste era un tema inexplorado. Hace años las pinturas, esculturas, dibujos y grabados producidos por los enfermos mentales atendidos en establecimientos psiquiátricos sólo interesaban a los médicos como medio de realización de un diagnóstico. Sin embargo en la actualidad la inclusión de estas obras en los círculos comerciales y culturales —en especial museos y galerías de arte contemporáneas— ha generado un interés creciente por el arte «psicopatológico» y por los problemas legales que este fenómeno suscita. Indudablemente uno se pregunta en qué medida un paciente privado de su capacidad de discernimiento puede ejercitar las prerrogativas que le concede la legislación relativa al derecho de autor. El presente libro, cuya originalidad también radica en que hace prevalecer los intereses personales de los pacientes, analiza el estatuto jurídico de estas obras de arte desde una perspectiva nueva del derecho de autor, de los derechos de la personalidad, de los derechos de tutela y de los derechos sucesorios. Schweizer apunta respuestas a una gama muy amplia de cuestiones, que van desde las obligaciones de las instituciones psíquicas, los medios de tutela del paciente frente a las explotaciones comerciales perjudiciales para su equilibrio psíquico hasta el fin de las creaciones después de la muerte del autor.

Se divide en tres partes, subdividiéndose a su vez cada una en varios capítulos. La parte I (págs. 25-122) trata en profundidad los derechos del paciente relativos a su obra. La libertad del paciente de crear y explotar obras dentro de una institución psiquiátrica encuentra protección en la Ley de derecho de autor suiza de 1992. El enfermo mental es considerado como el titular originario de los derechos de autor, ya que la cualidad de autor se adquiere con la creación de la obra de arte, con independencia del estado psíquico o jurídico de la persona en cuestión. Particular necesidad de protección requiere este tipo de sujetos respecto a los nuevos métodos de reproducción y explotación de su trabajo al estar aquéllos en una mayor o menor relación de dependencia. No obstante las obras de arte de los enfermos mentales están garantizadas, además de por la normativa reguladora del derecho de autor, por la de los derechos de la personalidad. Así, la divulgación pública de creaciones artísticas llevada a cabo ilegalmente o con el consentimiento de un paciente sin capacidad de discernimiento constituye con frecuencia un atentado a sus derechos personales recogidos por el art. 28 del Código Civil suizo (derecho a la propia determinación, al honor, a la propia imagen, a la esfera privada e íntima, a la integridad psíquica). Llegados a este punto se suscita en el lector la duda, tal y como señala el prólogo, sobre cuál de las dos normativas indicadas juega un papel más importante en la tutela del arte «psicopatológico». Otra cuestión planteada es el conflicto que surge cuando el paciente para la realización de sus obras emplea material que pertenece a la institución. Tanto si se trata de material fungible (servilleta de papel, miga de pan) como de material de uso permanente el paciente adquiere el derecho de propiedad de los trabajos artísticos creados con tales materiales. Por último hay una reflexión sobre la elaboración conjunta de obras por varios enfermos mentales, hipótesis que en

principio se regula por la normativa de la copropiedad del Código Suizo. En todo caso se debería permitir a cada creador oponerse a cualquier forma de explotación que suponga un daño a su derecho de propiedad o a uno de sus derechos de la personalidad.

La parte II (págs. 123-187) aborda la complicada cuestión de la explotación de las obras en vida del paciente (contratos relativos a las creaciones, restricciones a la capacidad de contratar y acciones procesales respecto a los derechos del paciente). Dentro del espinoso tema de las medidas de protección del paciente contra una explotación comercial, el derecho de tutela ofrece para Schweizer la solución más adecuada. La designación de un tutor parece constituir en su opinión el único medio de salvaguardar eficazmente los intereses financieros, intelectuales y personales del paciente. El enfermo que posee capacidad de discernimiento puede ejercitar por él sólo los derechos morales derivados de sus trabajos y el tutor se limita simplemente a consentir los contratos de naturaleza patrimonial. Por el contrario el tutor del enfermo mental sin capacidad de discernimiento le representa cuando sea necesario para defender derechos que han sido violados o cuando haya un serio riesgo de que lo sean.

Los capítulos incluidos en la parte III (págs. 188-216) examinan las consecuencias que la muerte de un paciente tiene sobre la explotación de sus obras a la luz de la Ley del derecho de autor y del Código civil en cuanto a los derechos de la personalidad y la herencia. En defecto de previsiones específicas, los titulares de los derechos de autor ostentan una entera libertad en la explotación de las creaciones, pero en materia de los derechos de la personalidad sólo los descendientes ostentan legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones ante una presentación de las obras que dañe el ambiente familiar, el nombre o la imagen.

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN

TOMILLO URBINA, J. L.: «El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra», Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 182.

I. A pesar de que el vencimiento anticipado de las deudas a término constituye uno de los más clásicos y trascendentes principios del orden jurídico-privado, lo cierto es que la doctrina apenas se había planteado la necesidad de elaborar un estudio riguroso y profundo sobre su fundamento y régimen jurídico (1). Carencia que se ve ampliamente incrementada cuando nos adentramos en el sinuoso y complejo mundo del derecho concursal; donde a las dificultades propias de un trabajo de investigación se unen las motivadas por una materia que, dada su fragmentaria y arcaica regulación, sólo resulta acce-

(1) Al margen de algunos estudios muy específicos y fragmentarios de MONTÉS PENADÉS, V., «De las obligaciones a plazo», en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, t. XV, vol. 2.º, Madrid, 1981 o de Díez-PICAZO, L., «El pago anticipado», *RDM*, 73 (1959), si bien este último referido fundamentalmente a los supuestos de pago anticipado, tan sólo pueden citarse como excepción a esta afirmación el espléndido trabajo de CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991.

sible a muy pocos expertos. La tarea es emprendida ahora con gran acierto y rigor científico por el Profesor Tomillo Urbina, quien ofrece al lector una espléndida monografía que, sin lugar a dudas, suscitará el interés de todo jurista por uno de los grandes temas de la disciplina privatística.

El profesor Tomillo Urbina nos introduce en su obra mediante la formulación de la regla general de la autonomía de la voluntad contractual a la hora de regular la exigibilidad de las obligaciones contraídas (arts. 62 Cco y 1.125. I CC). No obstante la citada regla general, lo cierto es que el derecho positivo también postula la posibilidad de que las deudas a término venzan anticipadamente al momento dispuesto convencionalmente por los contratantes (art. 1.129-1.º CC, que formula la regla general del vencimiento anticipado, y arts. 1.915 CC. y 883 Cco, que disciplinan el principio en relación a los procedimientos de concurso y de quiebra). Así, pues, el vencimiento anticipado se conforma positivamente como una de las más importantes excepciones a la autonomía contractual de las partes, no sólo en el Derecho civil, sino también en los procedimientos concursales que, siguiendo las propias palabras del Profesor Tomillo, toman su base en el *principio liquidatorio*.

No obstante la *unfanía* en los efectos de la regulación positiva, no puede obviarse, como acertadamente señala el Profesor Tomillo, la existencia de tres diferencias o modalizaciones en su régimen jurídico. De un lado, en la configuración ficticia o real de los efectos del vencimiento. De otro, en la concreción del ámbito objetivo de aplicación del principio. Por último, en la determinación del régimen correspondiente al descuento originado por el pago anticipado. En suma, la pluralidad de textos normativos y aplicativos (situaciones concursales o de mera insolvencia) exige ineludiblemente una explicación tanto del fundamento, cuanto de los presupuestos de aplicabilidad del principio. Formulado el problema en estos términos, no le bastan al Profesor Tomillo las explicaciones tradicionales arraigadas en meras expresiones de técnica legislativa, sino que, por contra opta por analizar el principio desde su fundamento histórico-concursal, económico y funcional.

II. El estudio monográfico del vencimiento anticipado en el marco concursal arranca del análisis de su evolución histórica. En este sentido, el Profesor Tomillo sitúa sus precedentes más remotos en el Derecho Romano; donde si bien es cierto que no puede postularse su aparición como principio general, no lo es menos que las fuentes sí recogen supuestos concretos en los que la «*situación de insolvencia del deudor produce determinados efectos en la obligación no vencida*» (restitución de la dote o reclamación anticipada del insolvente por el *praeses provinciae*).

En las partidas, la regla general es que el acreedor «*no pueda exigir el cumplimiento antes del día señalado en la obligación*, so pena de incurrir en *pluris petitio tempore*». En todo caso, parece que el derecho histórico-castellano recogió diversos supuestos, originados en la situación patrimonial o en la conducta del deudor, en los que se facultaría la reclamación anticipada por parte del acreedor a término. De cualquier modo, la oscuridad de los textos históricos fundamenta para el Profesor Tomillo serias dudas en torno a la existencia de auténticos supuestos de vencimiento anticipado.

Lo mismo ocurre en el derecho estatutario italiano, en el que a pesar de existir también mecanismos de defensa individual contra la insolvencia, éstos continúan sin prever auténticos supuestos de vencimiento anticipado. No obstante, es aquí donde surge el moderno procedimiento de quiebra, lo que en la

práctica supuso la gran ruptura con el principio del pago «*qui prior in petitione praecesserit*» para el caso de pluralidad de acreedores. Abierto el concurso, todos los bienes del deudor quedaban secuestrados en beneficio de los acreedores, quienes, en todo caso, no podían obtener ventaja alguna sobre los demás. La liquidación tenía lugar en el seno del concurso, y a ella eran admitidos también los acreedores a término y condición. Es, en suma, una facultad de actuación «*ante diem*» concedida a los deudores a término para el caso de quiebra; facultad que algún autor interpretó, «*quizá exageradamente* —en palabras del Profesor Tomillo—, como la primera manifestación del vencimiento anticipado a título de regla general».

Abandonada la edad media, el estudio de los orígenes y evolución histórica del principio entra en la época codificadora, no sin antes citar brevemente la importante doctrina española de los siglos XVI a XVIII. El principio general de la época resulta ser claramente el de la «*Inexigibilidad de la obligación con anterioridad a su vencimiento convencional*». No obstante, y a pesar de la rotundidad de tal afirmación, lo cierto es, como apunta el Profesor Tomillo, el aserto del principio por los autores de la época en los supuestos de fuga, insolvencia o concurso, ya fuese desde la perspectiva de la «*preferencia*» entre acreedores (Suárez de Paz, Solís, Salgado de Somoza), o desde la configuración «*genérica y abstracta*» del vencimiento anticipado (Hevia Bolaños, Domínguez Vicente, Salgado de Somoza).

La llegada de la codificación supone la enunciación expresa del principio. Así, el art. 1.188 del Códice de Napoleón dispone el vencimiento anticipado de las deudas a plazo para todo tipo de obligaciones en dos supuestos concretos: quiebra y disminución de garantías por hecho propio del deudor. Se trata, en suma, de una formulación concursal del vencimiento anticipado, por cuya virtud quedarían excluidos los supuestos civiles y extraconcursoales. No obstante tal deducción, la doctrina clásica vino entendiendo que el vencimiento anticipado constituía un efecto perfectamente aplicable a situaciones con presupuestos civiles extraconcursoales, esto es, a las situaciones de *insolvencia del deudor no comerciante*. Y ello porque así fue querido por el legislador. Sin embargo, advierte certeramente el Profesor Tomillo, una cosa es admitir la extensión del vencimiento anticipado al no comerciante, y otra muy distinta es aceptar su aplicabilidad en los supuestos de mera *insolvencia* o *insuficiencia patrimonial* del deudor. Para el Profesor Tornillo, la «*faillite* del no comerciante es la *déconfiture*, pero ésta no es la *insolvencia*», por lo que se hace necesario diferenciar los conceptos de *faillite*, *déconfiture* e *insolvabilité* para poder definir el ámbito de aplicación del art. 1.188 CC francés. Así, mientras los dos primeros quedarían enmarcados dentro de su ámbito operativo, el tercero quedaría fuera. Y es que el art. 1.188 no fue pensado para su aplicación a las situaciones extraconcursoales, sino para la articulación de los distintos expedientes de ejecución colectiva: *norma común* (para comerciantes y no comerciantes), *pero de carácter concursal*.

La consecuencia inmediata del fundamento concursal del principio es clara: indefensión de los acreedores a término ante una posible insolvencia extraconcursoal. Este dato, sin lugar a dudas, fue tenido en cuenta por el legislador mercantil para la redacción del art. 448 del CCO francés, por cuya virtud se traslada el centro de atribución de efectos de la declaración judicial a la *ouverture*. No obstante, la determinación de este nuevo criterio, justificable en aras de la protección de los acreedores, introduce un nuevo problema que no se resolverá hasta la reforma de 1838: la existencia de dos criterios normati-

vos distintos para determinar el vencimiento anticipado de las deudas a término del comerciante quebrado (la declaración judicial de quiebra —art. 1.188 CC— y la apertura de la quiebra —art. 448 CCO—). Contradicción que, dado el principio de especialidad del Derecho Mercantil, reduce la aplicabilidad del art. 1.188 CC a las meras situaciones de *déconfiture*. Empero, la reforma de 1838 suprime la referencia a la *overture* como centro de atribución de los efectos concursales, con lo que se retoma nuevamente al fundamento concursal del vencimiento anticipado. Esto es, la reforma de 1838 suprime el vencimiento anticipado como mecanismo de protección del crédito frente a la insolvencia extraconcursal del deudor.

La codificación española del 29 también disciplina expresamente el principio del vencimiento anticipado en los mismos términos que el art. 448 del Código francés, pero con dos claras diferencias. De un lado, dispone el fundamento concursal del principio, lo que se justifica por el Profesor Tomillo más en un error de traducción que en un acto volitivo del legislador. De otro, introduce la previsión del *descuento del rédito mercantil*.

El recorrido histórico es finalizado por el Profesor Tomillo en el Derecho italiano; en donde, como sucede en Francia, se verifica un doble criterio normativo para la determinación del fundamento del principio del vencimiento anticipado. Así, mientras que el Código civil dispone un fundamento extraconcursal para el principio (art. 1.176 CC de 1865), el Código de comercio lo disciplina en relación a su naturaleza concursal (art. 701 CCO). En suma, el Derecho italiano postula una fundamentación dual del principio, lo que, en la práctica, genera gran incertidumbre en cuanto a su aplicabilidad al comerciante no quebrado (situación extraconcursal mercantil). No obstante, como muy acertadamente señala el Profesor Tomillo, lo que subyace a esta discusión es una confusión entre los conceptos de insolvencia y de quiebra: *la cesación de pagos es un presupuesto de la quiebra y una posible manifestación de la insolvencia, pero no la única*. Así, pues, es perfectamente posible la aplicación de la legislación civil en ausencia de los requisitos legales habilitantes de la quiebra como medio de defensa colectiva.

III. Una vez analizado el origen y evolución histórica del principio, el Profesor Tomillo afronta el estudio del Derecho positivo. Para ello, el autor enlaza el principio del vencimiento anticipado con la finalidad primaria de los procedimientos concursales (quiebra reorganización o quiebra liquidación), puesto que de la concepción que se tenga del procedimiento concursal depende de forma inmediata la configuración del principio del vencimiento anticipado.

A la concepción de la quiebra liquidación, responden el Derecho italiano y el alemán, si bien con construcciones divergentes. Así, mientras que el Derecho italiano disciplina un doble fundamento concursal (art. 55 *Legge fallimentare*) y extraconcursal (art. 1.186 del Codice civile), el Derecho alemán sólo recoge el principio en el ámbito concursal (§ 41.I de la *Insolvenzordnung* de 1995). Por contra, a la concepción de la quiebra reorganización responde la Ley francesa de 1985, por cuya virtud no sólo se relativiza su funcionamiento, sino que se consagra el principio inverso: *el mantenimiento del término* (art. 56 de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 sobre *redressement et liquidation judiciaires des entreprises*). En este sentido, el Profesor Tomillo indica cómo se produce el mantenimiento del término durante todo el período de observación (art. 8 de la Ley sobre *redressement...*), no pudiendo concurrir

un renacimiento del principio tradicional hasta la cesión (art. 91) o liquidación judicial (art. 160) de la empresa. Ahora bien, tal renacimiento del principio del vencimiento anticipado no constituye, como oportunamente puntualiza el autor, una fisura en el sistema, sino que más bien se trata de una *reafirmación de la incompatibilidad que existe entre la nueva concepción de la quiebra-reorganización y el principio del vencimiento anticipado de las deudas a plazo*.

Al mismo principio de conservación de la empresa en crisis respondió también el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, cuya exposición de motivos ya defendió expresamente el *mantenimiento del término* de los créditos a plazo. No obstante, como certeramente apunta el Profesor Tomillo, la afirmación de la exposición de motivos no se plasmó en su texto positivo, con lo que en principio sería posible argumentar el mantenimiento del término por vía legal (la eficacia jurídica del término, como norma general, no precisa ser confirmada para su efectividad), pero no sería capaz de enervar la vía convencional. Es, por ello, que el art. 177-II del Anteproyecto declaraba expresamente la inadmisibilidad del vencimiento anticipado compuesto por vía convencional. En todo caso, la apertura de la liquidación, dada la finalidad perseguida, conllevaba el resurgimiento del principio del vencimiento anticipado (art. 242-II ALC).

Para el tratamiento de las situaciones de crisis económica, el derecho español regula, junto al procedimiento de quiebra, el expediente de suspensión de pagos. Constituye la suspensión de pagos un beneficio que el derecho otorga al deudor para evitar su declaración en quiebra, mediante el que se pretende la conservación de la empresa (en principio, la suspensión de pagos aparece referida a las situaciones de mera iliquidez, si bien es cierto que resulta aplicable a cualquier situación económica). Consecuentemente, la declaración de suspensión de pagos no puede tener como efecto el vencimiento anticipado de las deudas a término. Y ello porque la raíz del expediente no se encuentra en la liquidación de la empresa, sino más bien en su conservación. Ahora bien, la Ley de Suspensión de Pagos, como el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, no contiene pronunciamiento expreso en tal sentido, motivo por el que también aquí surge el problema de la admisibilidad de vencimiento anticipado por vía convencional. No obstante, y a pesar del silencio legal, el autor mantiene coherentemente la misma postura que en el Anteproyecto de Ley Concursal: la *ineficacia* del pacto de vencimiento anticipado en caso de suspensión de pagos. Lo que, al margen de valoraciones normativas —existentes en la Ley de Suspensión de Pagos—, se justificaría fundamentalmente en la propia finalidad conservativa del expediente, incompatible con el vencimiento anticipado.

De otro lado, el Profesor Tomillo plantea cómo la propia configuración y funcionamiento de los expedientes concursales de quiebra y suspensión de pagos pueden motivar dudas en torno a la aplicabilidad del principio del vencimiento anticipado concursal a las deudas a término válidamente contraídas en un previo expediente de suspensión de pagos. En principio, parece clara la aplicación del vencimiento anticipado sobre todas las deudas *de naturaleza concursal* originadas en un previo expediente de suspensión de pagos. Ahora bien, junto a las deudas concursales debe admitirse la existencia de *deudas de la masa* o *extraconcursoales*, que, por su propia naturaleza extraconcursal y predecible, deberían quedar al margen del juego del principio del vencimiento anticipado en un posterior procedimiento de quiebra. No obstante,

como coherentemente postula el Profesor Tomillo, tal afirmación sólo resulta posible cuando exista una relación de inmediatez y causalidad entre los procedimientos de suspensión de pagos —donde surgen las deudas— y de quiebra —donde produce sus efectos el vencimiento anticipado—, esto es, cuando se trate de un supuesto de *quiebra consecutiva*, ya que en otro caso —*quiebra posterior* o *autónoma*— todas las deudas del expediente de suspensión de pagos devendrían deudas concursales.

IV. Ya en el plano del Derecho positivo español, el Profesor Tomillo se cuestiona sobre la razón de la coexistencia de tres normas reguladoras del principio del vencimiento anticipado (arts. 1.129 y 1.915 CC y 883 CCO). Para el autor, tal coexistencia descansaría en la propia configuración histórica del principio, esto es, en su propio *fundamento histórico*, cuya aplicación se dispuso tanto para las situaciones de ejecución universal (quiebra o concurso), cuanto para las de mera insolvencia extraconcursal. La legislación española aglutina, por tanto, los tres elementos causales (quiebra, concurso de acreedores e insolvencia extraconcursal) del vencimiento anticipado como efecto jurídico, siendo por ello necesaria su armonización y delimitación en el plano teórico.

La investigación precisa, ante todo, de una previa delimitación de las diferencias entre los tres preceptos. El Profesor Tomillo, en este sentido, enumera cinco disimilitudes que acreditan la asistematicidad de la regulación positiva: en primer lugar, son normas con diferente sede material. En segundo lugar, no todas presuponen una previa situación económica de insolvencia. En tercer lugar, la situación activa es subjetivamente divergente. En cuarto lugar, la presencia de un requisito formal (declaración judicial) en los supuestos concursales. Por último, el funcionamiento *ope legis* del vencimiento anticipado con fundamento concursal.

De ese *disímil* presupuesto normativo, el Profesor Tomillo deduce dos consecuencias básicas. De un lado, la existencia de dos modalizaciones del principio único, que, originadas en su diferente fundamento, encuentran su correspondiente reflejo en la configuración del derecho subjetivo conferido al acreedor a término. Así, mientras que el fundamento extraconcursal configuraría un mero derecho subjetivo potestativo a obtener un pago con anterioridad al vencimiento convencional, el fundamento concursal postularía un vencimiento de naturaleza imperativa, del que no surgiría otro derecho que el mero adelanto del vencimiento y el consiguiente pago dentro del procedimiento concursal conforme con la regla del dividendo. De otro, la aplicación del art. 1.129 CC a los supuestos de insolvencia extraconcursal puede provocar un grave problema de interrelación cuando ésta desemboca en situaciones de insolvencia concursal, ya que el pago —exigibilidad— efectuado al amparo del Código civil puede chocar frontalmente con la articulación de las acciones revocatorias. En suma, como indica el Profesor Tomillo, la sustitución del interés individual por el colectivo no resulta sencillo cuando de lo que se trata no es de un supuesto de pago anticipado, sino más bien de exigibilidad anticipada. Para resolver este problema de superposición, el autor postula la necesidad de diferenciar entre la acción revocatoria ordinaria y la concursal. Así, mientras que la primera —revocatoria ordinaria— sólo resultaría aplicable a aquellos supuestos en los que hubiese mediado el pago del deudor insolvente sin previa reclamación judicial y concurriese un perjuicio para los acreedores, la segunda —concursal— podría abrogar los pagos efectuados al

amparo del art. 1.129 CC, siempre que se trate del ejercicio de acciones que no presupongan *iuris et de iure* el fraude en la conducta del deudor (arts. 881 y 882 CCO), ya que ésta resultaría enervada por el juego del art. 1.129.

De toda la determinación conceptual y aplicativa anterior, el Profesor Tomillo extrae dos premisas incuestionables en el Derecho español: de un lado, la afirmación de que el art. 1.129 CC no supone una mera reiteración de los arts. 1.915 CC y 883 CCO, sino que, por contra, conforma una situación jurídica con un fundamento y aplicabilidad diferenciada. De otro, la afirmación de que el art. 1.129 CC es una norma que no precisa para su aplicabilidad de una pluralidad de acreedores o de la existencia de una previa declaración judicial.

El art. 883 CCO dispone de forma expresa el vencimiento anticipado de las deudas a plazo como consecuencia de la declaración de quiebra. Ahora bien, el fundamento concursal del principio no presupone que el vencimiento anticipado constituya una consecuencia inescindible de la liquidación. Es, por ello, que el Profesor Tomillo se cuestiona sobre la necesidad del vencimiento anticipado en los procedimientos concursales. Existen, en principio, dos teorías a este respecto. Una primera, que postularía como suficiente para salvaguardar los intereses de los acreedores el mero reconocimiento del crédito por parte de los síndicos. Otra, mayoritaria, que postularía la exigencia de la regla del vencimiento anticipado en base a necesidades liquidatorias de la *par condicio creditorum*. Para el Profesor Tomillo, la aplicación del vencimiento anticipado se muestra como necesaria en el procedimiento concursal no tanto por la evitación de la postergación de la deuda a término frente a las ya vencidas, para lo que bastaría una mera consignación de las cantidades debidas hasta su vencimiento convencional, sino, más bien, por el interés de los acreedores a una rápida recepción de sus cuotas liquidatorias sin injustificadas dilaciones. Siendo injustificado, en este sentido, esperar hasta el vencimiento de las deudas a término para su pago. No obstante, continúa el Profesor Tomillo, la aplicabilidad del vencimiento anticipado en los procedimientos concursales no puede justificarse exclusivamente en razones de índole práctico, sino que, más bien, su justificación debe venir al amparo del propio fundamento concursal del principio, ya que siendo el término un elemento conformador de la pretensión individual, desaparece su razón de ser al quedar ésta sustituida por la acción colectiva concursal desde el mismo momento en que la quiebra ha sido declarada.

V. A pesar de la imprecisa dicción literal del art. 883 CCO, el Profesor Tomillo postula como incuestionable su operatividad sobre *los créditos pecuniarios no vencidos a la fecha en que la quiebra es declarada judicialmente*. Así, pues, la resolución judicial de quiebra supone necesariamente el vencimiento anticipado de todas las deudas no vencidas del quebrado, sea su término cierto o incierto, legal, derivado de la propia naturaleza y circunstancias de la obligación o de carácter convencional —por pacto expreso o por *pactum de non petendo*—.

Partiendo de esa premisa general incuestionable, el autor se plantea su operatividad sobre cuatro supuestos problemáticos: los créditos futuros, los condicionales, los no pecuniarios y la renta vitalicia. Los créditos futuros, en rigor, no son créditos en sentido jurídico, sino más bien meras situaciones de dependencia calificadas por la inexistencia de algún elemento esencial a los

efectos de su constitución definitiva. Es, pues, evidente que son situaciones que quedan al margen de la operatividad del principio, ya que, jurídicamente, *no son créditos*. En cuanto a los créditos condicionales, el Profesor Tomillo mantiene su exclusión en base a que la obligación o bien no existe (condición suspensiva) o bien ya está vencida (condición resolutoria). Tales créditos, no obstante, deben ser tenidos en cuenta en la fijación de la masa pasiva, pero no tanto por el juego del vencimiento anticipado, sino más bien por *la facultad conservativa que concede el art. 1.121 CC al acreedor condicional para la protección de su crédito*. En cuanto a la renta vitalicia y supuestos afines, el autor mantiene que se trata de situaciones a las que el principio del vencimiento anticipado resulta de dudosa aplicación, ya que en estos casos importa más fundamentar su rescate que declarar su exigibilidad. Por último, los créditos no pecuniarios, siempre y cuando constituyan deudas a plazo del quebrado, quedan dentro de la operatividad del art. 883 CCO.

Otra duda, y no de menor entidad, es la que se plantea en el campo de la aplicación **subjetiva** del principio. Para afrontar este análisis, el Profesor Tomillo, discrepando de la doctrina tradicional, mantiene el *carácter real* del vencimiento anticipado, si bien limitándolo a los efectos del concurso o quiebra. Partiendo de esta premisa general, el autor estudia las distintas situaciones problemáticas posibles. La primera de ellas es la de los *codeudores solidarios del quebrado*. Es doctrina general que la quiebra de un deudor solidario no afecte a los restantes codeudores, o lo que es lo mismo, que el vencimiento anticipado sólo opere en relación al quebrado. Para sostener esta postura, el autor muestra tres razones básicas: en primer lugar, la limitación de los efectos del vencimiento anticipado al procedimiento concursal. En segundo lugar, la pluralidad de vínculos obligacionales que existe en una obligación solidaria. Por último, la imposibilidad de obligar a un sujeto a más de lo que se ha querido obligar.

La segunda de las situaciones problemáticas es la *fianza*. En la fianza con beneficio de excusión, la posición jurídica del fiador, siempre que no se hubiese pactado un vencimiento específico, resultará afectada por el vencimiento anticipado *extraconcursal*, pero no por el *concursal*, ya que los textos legales no autorizan a tal extremo. Así, pues, la declaración de quiebra o concurso lo que provoca, como acertadamente señala el profesor Tomillo, es la distanciacón entre la obligación garantizada y la obligación de garantía, puesto que la obligación del fiador sólo podrá ser exigida una vez vencida convencionalmente.

La última de las situaciones problemáticas abordadas en relación a la esfera subjetiva es la referente a los *créditos con garantía real*. Es, aquí, donde el Profesor Tomillo nuevamente demuestra ser un gran conocedor de los contratos de garantía y de su interrelación con los procedimientos concursales. Los acreedores garantizados con prenda constituida en documento público, así como los acreedores hipotecarios (en virtud de la legislación positiva y de los principios inspiradores del Derecho español), no se integran en la masa pasiva tras la declaración de quiebra, a menos que voluntariamente renuncien a su privilegio. Esto es, el Derecho español concede a los acreedores con garantía real un derecho de ejecución separada al margen del concurso. Consecuentemente, y dado que los efectos del principio del vencimiento anticipado con fundamento concursal no exceden los límites del concurso, los créditos hipotecarios o pignoratícios constituidos en documento público que-

dan al margen del art. 883 CCO, a no ser que hubiesen renunciado a su derecho. En suma, el acreedor con garantía real que no se hubiese integrado en el procedimiento de quiebra, deberá esperar hasta el vencimiento convencional para poder ejercitar la acción real contra el deudor. Asimismo, advierte el Profesor Tomillo, el acreedor con derecho de ejecución separada tendrá vedado el acceso al vencimiento anticipado extraconcursal, puesto que la deuda se encuentra suficientemente garantizada (a pesar de la insolvencia del deudor).

Lo dicho para las garantías reales sirve también en cierta medida en relación al *tercer poseedor de finca hipotecada* y al *hipotecante por débito ajeno*: el acreedor, cuando hubiese optado por su derecho de ejecución separada, deberá esperar el vencimiento convencional para ejercitar la acción correspondiente. En todo caso, son situaciones caracterizadas por el dato de la ajeneidad obligacional respecto del crédito garantizado, en las que el tercero tan sólo asume una responsabilidad *ob rem* o *propter rem* derivada de su constitución posesoria o dominical. Consecuentemente, el vencimiento anticipado operado en los límites de la ejecución colectiva no encuentra ninguna dificultad para su aplicación a estos supuestos. Se trata, en suma, de un efecto típico de la ejecución colectiva, que vincula a determinados bienes al concurso con independencia de su titular —pero en virtud de una deuda obligacional—.

VI. La doctrina española admite de forma unánime el juego de la compensación entre créditos, siempre que converjan sus presupuestos con anterioridad al momento de la quiebra (declaración o retroacción) (2). Ahora bien, el problema surge cuando uno de sus presupuestos se verifica *ex legem* como consecuencia de la propia declaración de quiebra: la operatividad del art. 883 CCO provoca el vencimiento anticipado de las deudas a término y, con ello, parece verificar los presupuestos de compensabilidad exigidos por el art. 1.196 CC. Sin embargo, admitir la compensación en la quiebra supone tanto como romper el principio de igualdad de trato entre los acreedores, para lo que se necesitaría de mandato legal (es el caso del Derecho alemán, italiano, o, incluso, del art. 926 CCO).

En este sentido, el Derecho español no contiene determinación expresa sobre tal extremo, de forma que la doctrina debe encontrar la solución a través de los principios generales del Derecho privado. Partiendo de esta premisa, la doctrina y la jurisprudencia distinguen dos situaciones que merecen un tratamiento diferenciado: los créditos *ex eadem causa* y los créditos *ex dispari causa*. Los primeros (*ex eadem causa*) son susceptibles de compensación en la quiebra, puesto que nacen de una misma relación jurídica (cuenta corriente, indemnización de gastos en la gestión de gastos, comisión). La compensación entre créditos *ex dispari causa*, por contra, resulta inadmisibles al no concurrir mandato expreso del legislador autorizándolo. Y ello a pesar de que sería algo deseable de *lege ferenda* en aras de la protección del interés del acreedor en la liquidación concursal.

No obstante, como opina el Profesor Beltrán en su monografía sobre las deudas de la masa, debe admitirse un supuesto de compensación *ex dispari*

(2) V. la síntesis realizada a este respecto por BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bologna, 1986. Asimismo, resulta obligada la consulta de ROJO AJURIA, L., *La compensación como garantía*, Madrid, 1992.

causa, cual es el de la compensación de la deuda de la masa frente al crédito del quebrado o de la masa, si bien es cierto que se trata de una situación extra-concursal y, por ello, ajena al principio de la *par conditio creditorum*.

VII. El acreedor titular de un crédito a término es, sin lugar a dudas, un acreedor concursal, y como tal está sujeto a la carga de insinuarse en la quiebra. El problema surge en la determinación del importe que debe ser insinuado en el procedimiento. En este sentido, el Profesor Tomillo mantiene que debe insinuarse el crédito por su importe nominal; para ello alega dos razones fundamentales. De una parte, porque la insinuación de un importe distinto debe apoyarse en un mandato expreso —inexistente en Derecho español—. De otra, porque el descuento no es una consecuencia inherente al vencimiento anticipado, sino de la anticipación de la *solutio* al momento del vencimiento convencional originario.

El art. 883 CCO dispone que cuando el pago se realice anticipadamente al vencimiento convencional «se hará con el descuento correspondiente», pero no dispone cuál es el sistema para su cálculo. Tradicionalmente, han sido tres los sistemas dispuestos por la doctrina en este sentido. De un lado, el método *Karpzow* o del descuento comercial, que consiste en deducir a la cifra de capital nominal el interés legal devengado en el período comprendido entre el pago efectivo y el vencimiento convencional. En segundo lugar, el método *Hoffmann* o del descuento racional a interés simple, que consiste en aplicar el interés legal a una cantidad tal, que sumada al propio interés producido por ella desde la declaración de quiebra hasta el momento del vencimiento convencional, dé como resultado la cifra de capital nominal. Es el sistema utilizado por la KO alemana. Por último, el método *Leibnitz* o del descuento racional a interés compuesto, que es una variación del anterior del que se distingue por la aplicación del interés compuesto. De esa triple posibilidad, el Profesor Tomillo postula la aplicación del método *Karpzow*. Las razones apuntadas para tal opción son dos: de un lado, porque es el sistema utilizado en el Derecho cambiario tanto para el descuento cambiario cuanto para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso en los supuestos de ejecución colectiva; de otro, porque es el sistema previsto por el Código civil para el curso de acreedores.

Del mismo modo, se hace precisa la determinación del espacio temporal a considerar para el concreto cálculo del descuento a aplicar. En este sentido, el Profesor Tomillo postula considerar como *dies a quo* el del pago efectivo —no el de la declaración de quiebra—, y como *dies ad quem* el del momento del vencimiento convencional, ya que cualquier otra solución quebraría la regla de la *par conditio creditorum*. En otro sentido, y en base a la misma exigencia de la *par conditio*, el Profesor Tomillo circoscribe la aplicación de la regla del descuento a los créditos vencidos anticipadamente que no devenguen intereses. No obstante, lo cierto es que la citada regla tampoco puede resultar de aplicación a los créditos, que aún no devengando intereses, se encuentren garantizados por prenda e hipoteca, hasta el límite dado por la garantía real.

VIII. Como ya se ha manifestado, el vencimiento anticipado *ex art. 883 CCO* opera exclusivamente en el ámbito de la ejecución colectiva. Tal limitación supone, ineludiblemente, la supeditación de su operatividad a la concurrencia de un procedimiento concursal. Es, por ello, que la terminación de la quiebra provoca, necesariamente, la reposición del plazo dispuesto convencionalmen-

te. En este sentido, resulta frecuente encontrar en el convenio de la quiebra cláusulas dilatorias o remisorias, por cuya virtud se diferiría la satisfacción de los créditos al momento de su vencimiento convencional. En suma, la clausura o terminación de la quiebra, cualesquiera que fuesen sus causas, produce la desaparición de sus efectos patrimoniales y, por tanto, el renacimiento del vencimiento convencional. No obstante, el Profesor Tomillo postula acertadamente cómo la revocación de la quiebra, a pesar de provocar la rehabilitación del plazo, no obliga al acreedor a término a restituir las cantidades que hubiese percibido anticipadamente como consecuencia del vencimiento concursal.

IX. La escasa regulación jurídica y la falta de coordinación entre los distintos cuerpos legales origina tres situaciones concretas que, por su gravedad, precisan de un tratamiento científico diferenciado. El primero de esos supuestos viene constituido por la situación de *quiebra del accionista sobre el que pesa la obligación de aportar*. Como consecuencia del vencimiento anticipado, resultan inmediatamente exigibles al socio los dividendos pasivos, pero no puede modificarse la responsabilidad del transmitente *in bonis* de las acciones (art. 46.I LSA), lo que, sin duda, resulta consecuencia de su propia tipología de obligación solidaria. Por contra, la quiebra del suscriptor o transmitente *in bonis* anterior al socio no generaría ningún efecto sobre la obligación a término. En estos términos, se manifiesta el Profesor Tomillo, para quien se trataría de un crédito futuro y, por ello, de una mera situación de dependencia de la que sólo podría deducirse un mero derecho de insinuación cautelar asegurativa en la quiebra del transmitente quebrado. Ahora bien, no obstante la válida argumentación del Profesor Tomillo, permitir una insinuación cautelar en la masa pasiva del transmitente puede ser aconsejable de *lege ferenda*, pero inconsistente de *lege data* (3).

La segunda de estas situaciones es la conformada por *las obligaciones emitidas por una sociedad posteriormente quebrada*. Se trata, como afirma el Profesor Tomillo, de auténticas obligaciones a plazo y, por tanto, susceptibles de vencimiento anticipado *ex concurso*. Ahora bien, el problema surge con la determinación de la cantidad que debe ser insinuada en la quiebra social. Ninguna duda surge cuando las obligaciones se hubiesen emitido por su valor nominal, pues, parece claro que la cantidad a insinuar es la cifra dada nominalmente. Por contra, cuando se trata de obligaciones con *prima de emisión* —suscritas por un precio inferior a su valor nominal— la solución es, en principio, problemática. El Profesor Tomillo opta, en este sentido, por admitir la insinuación por el *valor nominal*, en base a que «el crédito a insinuar por el obligacionista debe ser correlativo a la *deuda* de la entidad mercantil emisora», lo que coincide con el propio valor nominal. No obstante, pensamos que la solución debe ser bien distinta, ya que si bien es cierto que de *lege ferenda* parece más equitativo admitir el crédito por su valor nominal, no lo es menos que las escasas disposiciones existentes al respecto son favorables a la admisión por lo realmente suscrito (art. 932. II CCO, que, para los supuestos de obligaciones hipotecarias emitidas por las compañías de obras públicas, opta por el criterio del *tipo de emisión*). Asimismo, si el Profesor Tomillo configura la prima

(3) V. BELTRÁN, E., *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988, p. 138, quien admitiendo la posibilidad teórica de insinuación cautelar, manifiesta la insuficiencia de argumentos positivos para su justificación.

como un *enriquecimiento causalizado* que repercute sobre una disminución de los intereses del capital prestado, parece claro que su nacimiento se justificaría en el aplazamiento temporal de la exigibilidad del crédito, con lo que su tratamiento debería equipararse al que reciben en la quiebra los créditos que devengan intereses (no producción de intereses salvo en los créditos garantizados por garantía real). En tercer lugar, parece que si el derecho a la prima se justifica en el propio aplazamiento de la exigibilidad del crédito, al desaparecer el aplazamiento convencional y hacerse inmediatamente exigible la obligación, carece de sentido la existencia de un *premio por dilación*. Por todo ello, pensamos que el crédito debe ser admitido en todo caso por su *tipo de emisión* (coincida o no con su valor nominal), una vez aplicado el descuento correspondiente si se trata de *obligación sin prima*. En otro caso —*obligación con prima*—, pensamos que la regla de la *solutio* anticipada conllevaría la pérdida del derecho a la prima y de los intereses, pero no un descuento sobre el *valor del crédito* —en base a la identidad de razón que existe con los créditos que devengan intereses—.

Pero es, sin duda alguna, en el análisis de los efectos del vencimiento anticipado en el ámbito concursal, donde el Profesor Tomillo muestra lo mejor de sí mismo. El estudio parte de la valoración del art. 50 de la Ley Cambiaria, art. que concede al tenedor cambiario acción de regreso en dos supuestos concursales: de un lado, cuando el librado, fuese o no aceptante, se encontrase en suspensión de pagos, quiebra o concurso o resultare infructuoso el embargo de bienes. De otro, cuando el librador de la letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso. Ante la concurrencia de cualquiera de esos presupuestos fácticos, el art. 50 de la Ley Cambiaria no dispone el vencimiento anticipado automático de los créditos, sino que concede al tenedor la posibilidad de obtener ante el Juez la ejecución del crédito, pudiendo conceder éste una dilación a petición de los interesados. De la interrelación entre el citado art. 50 de la Ley Cambiaria y el 883 CCO, parte el Profesor Tomillo para abordar tanto la idoneidad de la vía de regreso, cuanto de la acción directa en el supuesto de *quiebra del aceptante*. Por la quiebra del aceptante no se produce la automática apertura de la acción de regreso, sino que, como acertadamente postula el Profesor Tomillo, sólo surge el derecho a solicitar una ejecución que podrá o no ser concedida. El regreso no es, por tanto, un efecto automático de lo que él llama *presupuesto fáctico regresivo* —quiebra, suspensión de pagos, etc.—, sino más bien de la resolución judicial que concede la ejecución. En resumen, el Profesor Tomillo no considera posible fundamentar en la Ley Cambiaria un vencimiento *ope legis* frente a los obligados en vía de regreso, sino sólo una facultad dependiente de la voluntad del tenedor y de la autoridad judicial, que lleva aparejada, en su caso, un vencimiento anticipado sujeto a las reglas sobre descuento propias de la Ley Cambiaria (art. 55.III LC). Por contra, sí resulta admisible la acción directa contra el aceptante quebrado, pero no en base a la legislación cambiaria, sino, como magistralmente señala el Profesor Tomillo, en función de la regla general del vencimiento anticipado concursal (art. 883 CCO). No obstante, el *fundamento concursal* de este vencimiento anticipado provoca una consecuencia gravísima: la exclusión de la acción directa en el supuesto de suspensión de pagos o embargo infructuoso del aceptante —por faltar el fundamento concursal—, y en el supuesto de quiebra, concurso, suspensión de pagos o embargo infructuoso del librado no aceptante —por no existir obligado principal—. Ahora bien, a pesar de no ser posible el vencimiento anticipado concursal en los supuestos de suspensión de pagos

o de embargo infructuoso de bienes, cierto sector doctrinal se ha planteado la admisibilidad del vencimiento anticipado con fundamento extraconcursal (*ex art. 1.129 CC*). A esta postura, responde el Profesor Tomillo con dos argumentos claves: el principio de especialidad del art. 50 de la Ley Cambiaria y la existencia de garantías suficientes (garantías reales o existencia de otros obligados cambiarios) para enervar la acción del art. 1.129 CC. Lo mismo indica en relación a la acción directa frente al avalista del aceptante quebrado, puesto que no se encuentra recogido en el art. 50 de la Ley Cambiaria y el avalista no es más que un responsable solidario de la deuda cambiaria.

Es, por todo ello, que el Profesor Tomillo configura el art. 50 de la Ley Cambiaria como una norma «*excepcional y —en algunos aspectos— profundamente incongruente e ilógica*», puesto que, de un lado, permite la reclamación anticipada en vía de regreso en caso de quiebra del aceptante, pero, de otro, excluye la acción directa frente al avalista del propio aceptante quebrado, lo que, sin duda, no pudo ser querido por el legislador. Tan sólo desde esa débil perspectiva, resultaría admisible para el Profesor Tomillo la aplicación del art. 50 de la Ley Cambiaria al avalista del aceptante quebrado, que, en principio, debería sujetar a todos los obligados cambiarios distintos del aceptante. No obstante, nos parece insuficiente la base normativa para fundamentar la extensión del vencimiento anticipado *ex art. 50* a los demás obligados cambiarios, puesto que supondría tanto como generar una obligación a cargo de un sujeto sin justificación legal alguna.

El último de los aspectos tratados por el Profesor Tomillo en el ámbito cambiario es el relativo a los *créditos garantizados con hipoteca*. En principio, como acreedor hipotecario que es, puede quedar al margen del concurso y, por ende, al margen del juego del vencimiento anticipado *ex art. 883 CCO*. No obstante, son frecuentes en el contrato de constitución de la hipoteca las cláusulas que disponen el vencimiento anticipado para los supuestos de crisis económica del obligado cambiario principal. Son, en opinión del Profesor Tomillo, cláusulas perfectamente válidas, si bien es cierto que la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue, en principio, contraria a su admisibilidad —hasta la Resolución de 31 de octubre de 1978—. En todo caso, opina el Profesor Tomillo, el mismo resultado del vencimiento anticipado puede lograrse a través de la aplicación del art. 50 de la Ley Cambiaria. En este sentido, el razonamiento del Profesor Tomillo es sumamente lógico: ante la concurrencia de los presupuestos fácticos del citado art., el acreedor cambiario puede ejercitar la vía de regreso. El obligado cambiario en vía de regreso que realice el pago adquiere con la letra la hipoteca, hipoteca que ejecutará al vencimiento convencional. Esto es, como consecuencia del juego del art. 50 de la Ley Cambiaria obtiene el mismo resultado que con la inclusión de un pacto de vencimiento anticipado en la escritura hipotecaria. Es por ello necesario, en opinión del Profesor Tomillo, exigir cautelas para evitar los perjuicios que pudieran evitarse en los supuestos de pluralidad de letras de cambio garantizadas por una única hipoteca.

X. Nos encontramos, por tanto, ante una encomiable monografía, que debe ser suficientemente ensalzada por dos razones fundamentales. De un lado, porque constituye el primer tratamiento global de una importante limitación a la autonomía contractual, que si bien es cierto que parte del procedi-

miento de ejecución colectiva, no lo es menos que se proyecta sobre todo el ámbito jurídico-privado. De otro lado, porque demuestra el rigor científico, metodológico y expositivo del autor, quien no se conforma con las explicaciones tradicionales arraigadas en meras expresiones de técnica legislativa, sino que aborda el problema desde su fundamentación histórico-concursal, económica y funcional. En suma, se trata de una monografía cuya lectura resulta sumamente recomendable a todo estudioso de la quiebra, en particular, y de las instituciones jurídico-privadas en general.

VICENTE GOZALO LÓPEZ
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

VELASCO CABALLERO, Francisco: «Las cláusulas accesorias del acto administrativo», ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 354.

Relata R. Von Jhering, en una demoledoramente irónica carta, de las publicadas de forma anónima en la *Deutsche Gerichtszeitung* entre 1860 y 1866, una de las dos experiencias vitales que, según él, le llevaron a romper para siempre «las cadenas de la teoría», a despertar de su sueño dogmático en «el cielo de los conceptos jurídicos», para pasar a empeñarse, desde entonces, en el cultivo de una jurisprudencia pragmática (1).

Prestando sus servicios en un juzgado, cuyo titular estaba de viaje, el insigne jurista, llevado de su fe ciega en la doctrina de la posesión de Savigny, exigió a un campesino, que había formulado demanda de interdicto frente a un vecino, que probara que su posesión era de derecho, o sea, que tenía *animus domini*. Al parecer, por error, no se había planteado el *summarissimum*, sino el *possessorium ordinarium*. No viene al caso detallar por qué vía el campesino había adquirido la posesión que le arrebató su vecino. El hecho es que, si hay que atender a sus propias confesiones, la injusticia cometida en aquel supuesto —naturalmente, no pudo probarse el *animus domini*, y la demanda interdictal fue desestimada— alejó a Jhering del camino brillantemente emprendido en el círculo metódico de la jurisprudencia de conceptos, al estilo de Puchta (2). A partir de entonces, el polémico jurista

(1) Este relato, junto con el otro, no menos ingenioso (ambos constituyen una verdadera sátira) se contienen en R. VON JHERING: *Bromas y veras en la Ciencia jurídica* (traducción concordada con la 13.ª ed. alemana, Leipzig, 1924), Madrid, 1987, págs. 75 a 82; de ahí procede la conocida frase del autor, según la cual «es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro» (pág. 75).

(2) Es ya un tópico atribuir a Georg Friedrich PUCHTA la fundación del método de la jurisprudencia de conceptos, por la vía de la «genealogía de los conceptos» (vid. KARL LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* —traducción de la 4.ª ed. alemana, Berlín-Heidelberg, 1979—, Barcelona, 1994, págs. 39 a 44), lo que, quizás, ha pesado sobre su obra de forma algo exagerada, casi caricaturesca, visión que, según parece, está siendo corregida en los últimos años: Ulrich FALK, en Michael STOLLEIS (dir.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, Munich, 1995, pág. 503. Sobre la jurisprudencia de conceptos y la aplicación de este método a la teoría de los derechos fundamentales, que se ha producido por la pretensión de sobreponer a los mismos el concepto de «garantía institucional», vid. GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, en especial, págs. 63 y ss., 92 y ss., 257.

inició, como se sabe, una segunda etapa, inconclusa y, metodológicamente, quizás, criticable. Pero también es conocido que ese *segundo Jhering* fue punto de partida —a través, fundamentalmente, de Philipp Heck— de la denominada jurisprudencia de intereses, a la que hay que reconocer, al menos, el mérito práctico de haber liberado la aplicación del Derecho de rígidos esquemas anteriores, abriendo espacio a una más flexible ponderación y valoración de los intereses en juego en cada caso (3).

He traído a colación esta anécdota porque el lector que hojeara la obra de Francisco Velasco Caballero, que es aquí objeto de comentario, y leyera en el índice los capítulos y apartados dedicados al «negocio jurídico en Derecho Público», la condición, el término y el modo, el concepto de cláusulas *iuris*, etc., podría recibir la equivocada impresión de que el estudio se desenvuelve en ese plano, hoy tan desacreditado, de la «construcción» a partir de conceptos. La lectura del libro pone de manifiesto lo contrario: hay, eso sí, solidez dogmática; pero, junto a ello, un patente desapego del método típico de la *Begriffsjurisprudenz*, explicitado por la permanente referencia a valores y principios constitucionales (legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, etc.), cuya ponderación constituye el verdadero punto de arranque para la obtención de conclusiones.

Un buen ejemplo puede ofrecerse para probarlo: a la hora de examinar los límites a la inclusión o modificación posterior de cláusulas accesorias por modificación normativa sobrevenida (vgr., exigencia a una sala de cine, en funcionamiento en virtud de licencia ya concedida, de una reducción del aforo o de la instalación de medidas adicionales de seguridad, como consecuencia de la nueva regulación de un reglamento u ordenanza), propone el autor sustituir el principio de irretroactividad de las normas por el de protección de la confianza legítima (págs. 281 a 285). «El principio de protección de la confianza legítima no funciona con el automatismo y apriorismo del de irretroactividad, sino ponderadamente» (pág. 281). En efecto, se evita entrar al espinoso juego del principio de irretroactividad, que se basa en conceptos abstractos (tiempo y Derecho, situaciones consolidadas, *iura quaesita*...) y decide, en este ámbito, exclusivamente, sobre si hay o no que indemnizar; para echar mano del más productivo principio de protección de la confianza, que, además de valorar si, en cada caso concreto, la confianza es digna de protección, en ponderación con los intereses públicos concurrentes, enriquece las posibles vías de composición del conflicto, pues, junto a la indemnización, «la protección de la confianza legítima queda también garantizada *con plazos de adaptación* o *ayudas*, a fin de que el cambio normativo sea compatible con la garantía de la confianza del particular» (pág. 283). Esto es sólo un botón de muestra.

El estudio de Velasco Caballero, por lo demás, viene a colmar una laguna en la literatura jurídica española, al menos, como monografía. Según creo, el estudio más detallado hasta ahora existente entre nosotros de las cláusulas accesorias del acto administrativo se debe a Alfredo Gallego Anabitarte (4),

(3) *Vid.*, sobre todo ello, LARENZ: *op. cit.*, págs. 65 a 81.

(4) *Vid.*, especialmente, *La acción concertada: nuevas y viejas técnicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el acto administrativo*, Libro homenaje al Profesor Juan GALVAÑ ESCUTIA, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, págs. 191 y ss.; con Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ: *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1990 (hay ed. posterior), págs. 342 y ss.; *Concesiones de aguas continentales*, en Dominio público: Aguas y Costas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 37 y ss.

con cuyas tesis el autor establece un «estrecho diálogo» (en palabras del propio Gallego, pág. 19), aunque las conclusiones a que llegan ambos no siempre coinciden.

La obra está prologada, precisamente, por el Prof. Gallego. De sus *Apostillas* quiero hacer referencia sólo a dos ideas. Por una parte, en este prólogo, Gallego Anabitarte revisa parcialmente la distinción entre *revocación* y *caducidad* del acto administrativo que había sostenido hasta ahora (5). En su opinión, habría que reservar el término caducidad para la extinción de los efectos del acto administrativo por transcurso del término o por cumplimiento de una condición resolutoria. Aquí hay un cierto automatismo. Para el resto de los supuestos (alteración de circunstancias, adecuación a nueva normativa, incumplimiento de modos o condiciones del acto) puede hablarse de revocación. Aquí hay apreciación y decisión de la Administración (pág. 28). Por otra parte, se hacen unas interesantes consideraciones sobre si la caducidad del acto es o no sanción en sentido técnico (págs. 23 a 26).

La obra se divide en tres partes. La primera trata las *bases conceptuales*: el concepto de cláusula accesoria, término, condición, modo, reserva de revocación y modificación, etc. La segunda está dedicada al estudio de la *admisibilidad de las cláusulas accesorias en el Derecho público* a la luz de los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad, protección de la confianza, etc. Y, por último, se realiza un análisis de los aspectos del *procedimiento y proceso* administrativos que afectan a las cláusulas accesorias.

Es sabido que la teoría de las cláusulas accesorias del acto administrativo está básicamente importada de la doctrina del negocio jurídico, lo que se explica porque, históricamente, se ha pretendido construir el acto administrativo como negocio jurídico de Derecho público. A esta cuestión dedica el autor, en primer lugar, su atención, para dirigir una fundada crítica a la negocialización del acto administrativo (págs. 50 a 54). No obstante, no es ilegítimo servirse de aquello que sea útil: a pesar de la dificultad del concepto de negocio jurídico para explicar el acto administrativo «no por ello (...) hay que prescindir sin más de una categoría que es *origen histórico y sustento teórico* del acto administrativo, en sentido técnico-jurídico. El acto administrativo no es negocio jurídico. Pero este último es el arquetipo del *acto jurídico*. Y de esta forma se puede establecer un lazo institucional entre acto administrativo, que también es acto jurídico, y negocio jurídico de Derecho privado» (pág. 54).

A continuación, se pasa a definir y caracterizar los distintos tipos de cláusulas y a explicar los efectos de las mismas. Bastará aquí con hacer sumaria referencia a alguna de las conclusiones a las que se llega en esta parte: la prórroga del plazo (de una concesión de dominio público, por ejemplo) por llegada del término final es un nuevo acto administrativo, por lo que se rige por las normas vigentes al solicitar la prórroga, no por las que regían el acto caducado (págs. 72 y 73); no es necesario entender el modo como acto de gravamen independiente del acto de favorecimiento para justificar la ejecución forzosa del mismo en caso de incumplimiento por el particular (págs. 129 y 130); la eventual indemnización que derive de la revocación de un acto administrativo que no crea un derecho subjetivo de contenido patrimonial, sino una si-

(5) *Vid.*, por ejemplo, *Derecho Administrativo...*, *cit.*, pág. 378.

tuación de confianza legítima en la permanencia del mismo (vgr., la licencia de actividad, que controla el ejercicio de un derecho de libertad: la libre empresa —art. 38 CE—) no se explica por la institución expropiatoria (art. 33 CE), sino por la de la responsabilidad de la Administración (art. 106.2 CE) (págs. 175 a 179).

La segunda parte del libro (cláusulas accesorias y principios constitucionales) tiene como punto de partida un arranque metodológico que se va consolidando cada vez más firmemente en el ámbito del Derecho público y que es explicitado gráficamente por Velasco Caballero: «Hasta el tema más secundario del Derecho Administrativo, como puede ser el de las cláusulas accesorias, reclama para sí la atención de todo el Derecho Público» (pág. 199). Esta parte se estructura en torno a los principios conforme a los cuales hay que juzgar la admisibilidad de la inclusión de cláusulas accesorias en el acto administrativo y, en su caso, la elección de un tipo u otro de cláusula; principios que no pueden ser otros que los derivados del más general del Estado de Derecho (legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y sometimiento a los derechos fundamentales) y, complementariamente, también, del Estado social y del de descentralización-solidaridad. Interesante es, en este sentido, la *escala de cláusulas accesorias*, de más a menos gravosas, que presenta Velasco Caballero, al hilo de la exposición de las exigencias del principio de proporcionalidad. Sabido es que este principio impone en el ejercicio del poder público, entre otras cosas, la elección, de entre las varias medidas adecuadas a la consecución de un fin, de aquélla que menos sacrificio suponga para los ciudadanos (principio de intervención mínima). Pues bien, para orientar la elección por la Administración de una u otra cláusula, en el caso de que la norma no detalle si debe imponerse ésta o aquélla, propone el autor una escala que va desde la condición suspensiva (cláusula más gravosa) hasta el modo (cláusula menos gravosa). En el supuesto de que el mismo fin pudiera lograrse con la inclusión de varias cláusulas, la proporcionalidad exige imponer la menos gravosa, o sea, descender en la escala, hasta llegar, en su caso, a la elección del modo (págs. 238 a 242).

Discrepo, no obstante, de una consideración (realizada de forma ciertamente incidental) de Velasco Caballero en el capítulo dedicado al principio de legalidad. Para responder afirmativamente a la cuestión de si la Administración puede encontrar apoyo directo en la Constitución, sin mediación de norma de rango inferior, para incluir cláusulas accesorias en actos reglados, se enumeran algunos supuestos en los que la Administración puede «enjuiciar la labor del legislador, mejorar las leyes», eso sí, para reforzar la posición de la Constitución sobre la Ley. Y, en este contexto, se menciona una conocida tesis de García de Enterría, según la cual los jueces podrían amparar directamente un derecho fundamental, resolviendo el caso con inaplicación de una Ley que lo desconociera, y, más tarde, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (6). Esa misma facultad habría de extenderse a la otra instancia aplicadora de la Ley: la Administración (pág. 218). En mi opinión, esa facultad es extraña a nuestro sistema de

(6) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, 1983, págs. 77 a 79; con Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, 4.ª ed., Madrid, 1983 (reimpresión, 1987), págs. 116 y 117.

justicia constitucional (7) y no la tienen ni los jueces (8) (*vid.* art. 35 LOTC), ni la Administración.

De la tercera parte de la obra, relativa a los aspectos procedimentales y procesales, me parece especialmente digna de mención la sugerente propuesta de utilizar las cláusulas accesorias como vía para lograr la coordinación entre Administraciones, lo que significa eficacia administrativa, y de simplificar las relaciones del ciudadano con el poder público, cuando una actividad que aquél pretende realizar está sometida a la obtención de títulos administrativos diversos (licencia, autorización, concesión...), que han de versar sobre distintos aspectos de la misma actividad, y que han de ser otorgados por Administraciones también distintas, en función de las competencias de cada una de ellas sobre dicho objeto (págs. 316 a 320).

Se trata de la *resolución administrativa con efectos concentrados* (*Konzentrationswirkung*): «La resolución que dicta un órgano concentra en sí los efectos de todos los demás actos (licencias, consentimiento, aprobaciones, autorizaciones, etc.) concurrentes sobre un mismo objeto material (*concentración formal*), para lo cual ese órgano que concentra en sí todos los controles debe aplicar todas las normas concurrentes sobre el mismo objeto (*concentración material*). El órgano inicialmente competente no queda absolutamente desplazado del procedimiento de decisión, sino que actúa en éste mediante *informe* (vinculante o no vinculante), *proponiendo o imponiendo cláusulas accesorias que salven su competencia*» (pág. 317). Hay ya de ello algunos ejemplos en nuestro Derecho, así como apoyos normativos de carácter general (vgr. art. 62 LRBRL) (págs. 318 y 319).

Es, pues, ésta una obra sólida en la literatura iuspublicista española que, además, incorpora copioso material bibliográfico procedente del Derecho privado y del Derecho alemán. Ninguna de las dos cosas puede extrañar; a lo primero ya se ha hecho referencia; y la doctrina alemana es, posiblemente, la que más se ha dedicado a esta cuestión, sobre todo en los últimos años, desde que las cláusulas accesorias del acto tienen una regulación positiva expresa en la Ley de Procedimiento Administrativo.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

(7) Esta construcción -inaplicación de la Ley por el Juez ordinario, por vulnerar un derecho fundamental; control difuso de la constitucionalidad de las Leyes, que puede llegar a resultados prácticos parecidos al del monopolio por un único Tribunal Constitucional, en virtud del *stare decisis*- es, como se sabe, propia del sistema constitucional americano, donde la formuló conscientemente, por primera vez, el Juez John MARSHALL. *Vid.* Bernard SCHWARTZ: *Los diez mejores Jueces de la Historia norteamericana*, 1.ª ed. española, Madrid, 1980, pág. 22. Sobre el sistema americano de *judicial review* sobre la legislación, bastante crítico, Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, 4.ª reimpresión de la 2.ª ed. española, Barcelona, 1986, págs. 308 y ss.

(8) En contra de la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed., Barcelona, 1988, págs. 148 y 149.

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN
Lis SAN MIGUEL PRADERA
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de Sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. ALIBERT: «Le pacte en Droit privé», RDS, 1996, n.º 19, pag. chr. 73-76.

El pacto según se utiliza en distintos preceptos en la legislación civil y mercantil. (ARANDA/SIERRA)

2. ALÙ, G.: «L'irretroattività della norma nell'applicazione della legge n. 151 del 1975 -nota a Cass. 17 marzo 1995 n. 3087», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 524-526. (R.D.R.).

3. ATTARDI, A.: «La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere», RDC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 727-786.

Sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras en el Derecho internacional privado. (R.D.R.).

4. **BIANCA, C. M.:** «*Ex facto oritur ius*», RDC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 787-804.

El problema del valor normativo de la jurisprudencia, en relación con la realidad social como fuente del derecho para la aceptación social de las normas. El principio de efectividad normativa. (R.D.R.)

5. **BLECKMANN, A.:** «*Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht*», JZ, 1995, págs. 685-689.

Ambito de la interpretación legal y Derecho constitucional de actuación.

El autor analiza la posición del particular en su actuación jurídica cuando variadas posibilidades interpretativas de la ley (sobre todo de sus conceptos jurídicos indeterminados) son posibles. La seguridad jurídica de orientación puede llegar a ser deficiente, por lo que el autor propone la reducción del ámbito de libertad interpretativa a la luz de la Constitución. (M.P.G.R.)

6. **D'AGOSTINO, Francesco:** «*Ermeneutica*», Archiv. Giur., 1996, I, págs. 109-126.

Artículo en torno a la interpretación de las normas, su elaboración en el siglo XIX y su desarrollo con el surgimiento de la *hermenéutica*. El estudio se centra en el problema de la interpretación de las normas de derecho positivo, análisis de las nuevas perspectivas en materia de interpretación que obligan a repensar y reformular toda una serie de concepciones jurídicas tradicionales. (L.S.M.P.)

7. **DELFINO, R.:** «*Dall'eterogeneità delle fonti alla codificazione del diritto israeliano*», RDC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 89-105.

Aproximación al sistema jurídico israelí: su proceso de formación histórica, fuentes, codificación, caracteres. (R.D.R.)

8. **FALZEA, A.:** «*L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*», RDC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 1-55.

Extenso comentario en torno a las figuras del negocio jurídico, acto jurídico y hecho jurídico.

Observaciones en torno al método de clasificación, acto real, autonomía privada, declaración de voluntad no negocial. (R.D.R.)

9. **FOURGOUX:** «*Fausse publicité comparative et vrai dénigrement: trois fantassins qui n'ont pas pris la Redouté*» RDS, 1996, n.º 7, págs. jur. 99-101.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Douai de 2 de octubre de 1995. Publicidad comercial. Licitud. Problemas de competencia desleal. (ARANDA/SIERRA)

10. **FURRER, A./EPINEY, A.:** «*Staatliche Haftung für quantifizierbare Wettbewerbsnachteile aus nicht umgesetzten Richtlinien*», JZ, 1996, págs. 1025-1034.

Responsabilidad del Estado y Derecho de la competencia en caso de no desarrollo tempestivo de las Directivas comunitarias.

Los autores inciden en el marco de la jurisprudencia comunitaria que consagra la responsabilidad del Estado miembro que no ha desarrollado una Directiva, en las indemnizaciones derivadas de las alteraciones de mercado y de libre competencia que

ello pueda implicar en el propio Estado y en el resto de los Estados miembros en que los operadores jurídicos sufran los efectos. (M.P.G.R.)

11. GIANOLA, A.: «L'analisi etologica del diritto», RDC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 805-823.

Análisis del Derecho conforme a la ciencia que estudia el comportamiento humano utilizando el método comparativo. El comportamiento social y jurídico del hombre. (R.D.R.)

12. MEDICUS, D.: «Über die Rückwirkung von Rechtsprechung», NJW, 1995, págs. 2577-2584.

Sobre el efecto retroactivo de la jurisprudencia.

La problemática del efecto retroactivo de las modificaciones de la jurisprudencia, ha obtenido fuerza creciente en los últimos tiempos, fundamentalmente en el campo de la protección al consumidor. El autor suministra numerosas limitaciones al efecto retroactivo desde el Derecho civil y desde la propia Constitución. Sin embargo, allí donde el efecto retroactivo no puede ser evitado, aboga por una aminoración de sus consecuencias. (M.P.G.R.)

13. MOUCHTOURIS: «L'initiative privée et la sécurité juridique», GP, 1996, n.º 42-44, págs. 2-3.

Condiciones de aplicación. Efectos previstos. La inseguridad jurídica. (ARANDA/SIERRA)

14. OPPETTI: «De la codification», RDS, 1996, n.º 5, págs. chr. 33-38.

Idea de codificación y métodos. Efectos de la codificación. (ARANDA/SIERRA)

15. PARKER, L.: «La legittimazione ad agire nella giurisprudenza delle corti americane: la lezione dell'esperienza italiana», RDC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 107-142.

Estudio del sistema jurisprudencial americano e italiano en relación con la división de poderes. (R.D.R.)

16. AGOSTINI: «Le gran secret», RDS, 1996, n.º 7, págs. chr. 58.

Art. 9 del C.c. respecto a la vida privada. (ARANDA/SIERRA)

17. ANTONINI, A.: «Il problema dell'applicabilità all'atto pubblico dell'art. 4 della legge sui ciechi», RDC, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 139-157.

Comentario a la sentencia *Cassazione civile*, III Sez., 12 dic. 1994, n. 10604, sobre la capacidad de las personas invidentes para realizar actos públicos. Requisitos de validez. (R.D.R.)

18. ARDIZZONE, S.: «La responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni», DFP, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 144-159.

Comentario a Trib. Roma de 22 de junio de 1993 sobre divulgación de expresiones difamatorias proferidas por el Presidente de la Republica fuera del ejercicio de sus funciones. (A.R.G.)

19. BAUER, H., KAHL/W.: «Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?», *JZ*, 1995, págs. 1077-1085.

¿Ciudadanos de la Unión europea como portadores de los derechos fundamentales de los alemanes?

La Constitución alemana distingue claramente entre los derechos fundamentales «de los alemanes» y, en general de todas las «personas». Ante las voces que cada día con más insistencia abogan por considerar extensibles los derechos «de los alemanes» a los «ciudadanos de la Unión», los autores plantean su tradicional consideración. (M.P.G.R.)

20. BONAMORE, D.: «L'istruzione-educazione diritto essenziale e status permanente dell'individuo», *DFP*, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1592-1063.

Artículo que desarrolla la instrucción y la educación como un derecho esencial de la persona. (A.R.G.)

21. BRUNET: «Le juge judiciaire et les libertés individuelles à l'occasion de l'application de l'art. 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945», *GP*, 1996, n.º 14-16, págs. 2-7.

Las libertades individuales desde el punto de vista del proceso. (ARANDA/SIERRA)

22. CAPOULADE: «Un associé peut-il se retirer d'une société d'attribution à jouissance partagée dans le temps?», *RDS*, 1996, n.º 7, págs. jur. 93-95.

Comentario a casación civil, 3.ª de 22 de marzo de 1995. Sociedad civil inmobiliaria, goce en períodos de tiempo. Retracto de asociados. (ARANDA/SIERRA)

23. CLERGERIE: «Une règle nationale donnant priorité aux femmes en matière de promotion est contraire au droit communautaire», *RDS*, 1996, n.º 16, págs. jur. 221-223.

Nota al CJCE de 17 de octubre de 1995 sobre aplicación del art. 2.1.º y 4.º de la directiva 76-207 de la CEE de 9 de febrero de 1976 sobre efectividad del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer para el acceso al empleo, promoción, etc. (ARANDA/SIERRA)

24. DANONI, F.: «Sulla forma dell'impugnazione nei giudizi di interdizione e di inabilitazione», *DFP*, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 62-75.

Comentario a Corte Cass. de 30 de diciembre de 1994 n.º 11305 en materia de incapacidad de la persona. (A.R.G.)

25. DEMICHELL: «Aparts égales: contribution au debat sur la parité», *RDS*, 1996, n.º 12, págs. Chr. 95-97.

Igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. Paridad como estrategia jurídica. El respeto al orden jurídico. (ARANDA/SIERRA)

26. DOGLIOTTI, M.: «Esiste un diritto alla salute degli anziani non auto-sufficienti? -nota a Trib. Torino 12 agosto 1994», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3149-3155. (R.D.R.)

27. DOSI, G.: «Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni», DFP, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1604-1627.

Estudio de la defensa del interés y de los derechos del menor en diversos ámbitos: separación y divorcio, patria potestad, mediación familiar, garantías de defensa en el procedimiento civil de menores, abandono y adopción, reconocimiento de hijo natural y declaración judicial de paternidad. (A.R.G.)

28. DOUCET: «Comentario a la sentencia de la Corte de casación criminal de 17 de octubre de 1995», GP, 1996, n.º 40-41, págs. 15-16.

Notas a la sentencia citada en materia de delitos cometidos por la prensa. La difamación. (ARANDA/SIERRA)

29. DUPEUX: «Le droit du citoyen à l'information dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme», GP, 1996, n.º 40-41, págs. 7-14.

Reconocimiento de un verdadero derecho: el derecho a la información esta expresamente reconocido y garantizado por la Constitución. Derecho a una información plural, completa y veraz en el derecho del ciudadano. (ARANDA/SIERRA)

30. DUPLAT: «Respect du droit à l'image et liberté d'expression à propos du contenu d'une disquette informatique», GP, 1996, n.º 122-125, págs. 6-10.

Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 8 de marzo de 1996 sobre atentado al derecho a la imagen mediante el contenido de un disco informático. (ARANDA/SIERRA)

31. EVADÉ: «Le mythe de l'indemnisation classique du préjudice personnel des victimes en état végétatif», GP, 1996, n.º 80-81, págs. 16-18.

Comentario a la sentencia de casación civil, 2.ª, de 22 de febrero de 1995 sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

32. EVADÉ: «État végétatif», GP, 1996, n.º 80-81, págs. 13-15.

La ficción de la indemnización clásica del perjuicio personal. El simbolismo de la indemnización clásica del perjuicio personal. (ARANDA/SIERRA)

33. FONTANAU: «Commentaire de la Convention de Schengen», GP, 1996, n.º 103-104, págs. 4-27.

Notas a los arts. 67 a 69 de la Convención de Schengen de 19 de junio de 1990. La cooperación policial. Intercambio de información. Derecho de persecución y responsabilidad de los agentes extranjeros. El sistema de información Schengen: principios básicos, contenido, acceso y protección de datos en el sistema de información. La cooperación judicial en materia penal. (ARANDA/SIERRA)

34. FRAYSSINET: «La légalité de la collecte de la gestion informatisée des photographies anthropométriques et des empreintes digitales à l'occasion d'une enquête préliminaire», RDS, 1996, n.º 3, págs. jur. 40-43.

Nota a la decisión del Tribunal de Gran Instancia de Marsella de 23 de marzo de 1995 sobre la vida privada. Encuesta. Fotografía. Infracciones informáticas. (ARANDA/SIERRA)

35. GALLOUX: «Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain», RDS, 1996, n.º 17, págs. chr. 141-142.

Escrito a propósito de la preparación de un documento internacional para la protección del genoma humano por la UNESCO. (ARANDA/SIERRA)

36. GIZARDIN: «Violation du secret médical, de la vie privée et saisie de livre», GP, 1996, n.º 82-83, págs. 4-10.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París, sala 1.ª, de 13 de marzo de 1996. Policía y organización de prensa. El principio de la libertad, sus límites. Periódicos y otras publicaciones. Violación de secreto médico. (ARANDA/SIERRA)

37. GRIMM, D.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», NJW, 1995, págs. 1697-1704.

La libertad de opinión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

El artículo estudia la jurisprudencia del BVerfG sobre la libertad de opinión que actualmente se expone a una reciente crítica científica y popular. Se analiza el método seguido por el Tribunal alemán consistente en evaluar caso a caso la dialéctica entre el derecho a la libertad y opinión (o expresión) y otros derechos individuales, garantizados también por la Constitución. (M.P.G.R.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

38. GROMB: «De l'éthiques et de la protection juridique de l'être humain», RDS, 1996, n.º 2, págs. jur. 28-32.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de París de 4 de octubre de 1995 sobre participación en experimentos médicos. Control. El protocolo experimental. Rigor de los exámenes médicos. (ARANDA/SIERRA)

39. GUIHO: «Questions diverses autour d'une tentative d'acquisition de la nationalité au titre du mariage», RDS, 1996, n.º 18, págs. jur. 254-256.

Nota sobre la sentencia de la corte de apelación de París de 13 de diciembre de 1994 sobre el plazo para la declaración de nacionalidad. Art. 107-2.º Código de la nacionalidad reformado por la ley 93-933 de 22 de julio de 1993 en su art. 26-4-2.º CC. Nulidad matrimonial. (ARANDA/SIERRA)

40. HAGER, J.: «Der Schutz der Ehre im Zivilrecht», ACP, 1996, págs. 168-217.

La protección jurídico-civil del honor ha encontrado su cauce a través del reconocimiento jurisprudencial de un derecho general de la personalidad, uno de cuyos atributos es el honor, cuya lesión se sanciona a través del parágrafo 823 I BGB. A esto se añade la protección penal, así como la derivada de los preceptos constitucionales.

Una de las cuestiones más discutidas se refiere al conflicto entre el honor y la también constitucionalmente protegida libertad de expresión y libertad de prensa. El autor analiza varias hipótesis y su regulación legal: informaciones no veraces, juicios de valor y, finalmente, la frontera, a veces imprecisa, entre el relato de los hechos y su valoración crítica. (I.G.P.)

41. IZZO, N.: «L'esecuzione degli sfratti e la violazione dei diritti dell'uomo -nota a C. eur. diritti dell'uomo 28 settembre 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 10-14. (R.D.R.)

42. JAEGER, A.: «Neue Entwicklungen im Kommunikationsrecht», NJW, 1995, págs. 3273-3278.

Nuevos desarrollos en el Derecho de la comunicación. Problemas jurídicos de las autopistas de datos.

El autor analiza la necesidad de intervención jurídica en algunos aspectos, tales como el derecho de autor, protección de datos, monopolización de mercados, etc. (M.P.G.R.)

43. MANERA, G.: «Osservazione in tema di fecondazione artificiale o procreazione assistita», GC, 1996, n.º 1, págs. II, 11-18.

Observaciones en torno al problema de la inseminación artificial, tras el conocimiento de la posibilidad de crear híbridos hombre-simio. El freno a la manipulación genética mediante una adecuada regulación y código deontológico. (R.D.R.)

44. MARTIN: «L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile». RDS, 1996, n.º 3, págs. Chr. 20-21.

Principio de proceso equitativo; imparcialidad del tribunal y consecuencias. Art. 12 NCPC. (ARANDA/SIERRA)

45. MASSIP: «Commission droit de la publicité et de la presse», GP, 1996, n.º 40-41, págs. 2-6.

Contexto en el que se inscribe el debate sobre el derecho a la información. Principio constitucional de un derecho a la información. Los límites a la libertad de información. (ARANDA/SIERRA)

46. MESSARRA: «Le minimum humanitaire garantie des droits de l'homme», GP, 1996, n.º 45-46, págs. 7-14.

Realidad, utopía y «respiración internacional». Principios universales y empirismo cotidiano. La complementariedad de los derechos. Recopilación de sentencias sobre los distintos derechos fundamentales. (ARANDA/SIERRA)

47. MESSARRA: «Bilan et perspectives des travaux arabes», GP, 1996, n.º 45-46, págs. 15-17.

Perspectivas sobre: libertad de religión, libertad de asociación, el estatus de la mujer, limitación del estado de Derecho y estatus de las minorías. (ARANDA/SIERRA)

48. NICOLEAU: «La protection des données sur les autoroutes de l'information», RDS, 1996, n.º 14, págs. Chr. 111-116.

Protección de la confidencialidad de los datos. Protección del derecho de autor y de los creadores. Dificultad de los códigos informáticos. (ARANDA/SIERRA)

49. OSSENBÜHL, F.: «Medien zwischen Macht und Recht», JZ, 1995, págs. 633-643.

Medios de comunicación, entre el poder y el Derecho.

Se analiza críticamente la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán que en la dialéctica libertad de expresión - protección del honor, parece decantarse por la primera. (M.P.G.R.)

50. PHILIPPE: «La viabilité de l'enfant nouveau-né», RDS, 1996, n.º 4, págs. Chr. 29-32.

La reforma del C.c. con la introducción del art. 79-1.º de la ley 93-22 de 8 de enero de 1993 sobre el estado civil. La familia y los derechos del hijo. Contenido de la noción de viabilidad. Consecuencias de dicha noción. (ARANDA/SIERRA)

51. PICCININI, S.: «Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità», GC, 1995, n.º 12, págs. II, 543-555.

Acercamiento al complejo tema de la fecundación artificial, en relación con la posibilidad del marido de negar su paternidad. Efectos. (R.D.R.)

52. RAVANAS: «La défense post-mortem du pseudonyme», RDS, 1996, n.º 12, págs. jur. 174-176.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 5 de julio de 1995 sobre protección del derecho al nombre y seudónimo. Condiciones. (ARANDA/SIERRA)

53. SARKIS: «L'incontournable problématique de la dimension culturelle des droits de l'homme au moyen-orient», GP, 1996, n.º 45-46, págs. 18-21.

La problemática de la especificación. La problemática de lo árabe y la eficacia. (ARANDA/SIERRA)

54. SETTESOLDI, R.: «Osservazioni in tema di adozione prenatale», GC, 1996, n.º 3, págs. II, 111-125.

Reflexiones sobre la figura de la adopción prenatal, como alternativa a la interrupción del embarazo. (R.D.R.)

55. SINGER, R.: «Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst», JZ, 1995, págs. 1133-1141.

Libertad contractual, derechos fundamentales y protección de la persona ante sí misma.

De conformidad con la jurisprudencia civil y, recientemente, constitucional alemanas, los derechos fundamentales sirven también para limitar la libertad contractual. Protegen al participante en el tráfico comercial ante sus propios comportamientos «peligrosos» o «dañinos», siempre bajo determinadas circunstancias (cuando se produzca el déficit en la función de la libertad contractual). El autor concluye afirmando una

realidad: los derechos fundamentales no solo son garantes de la libertad, sino también y en determinadas circunstancias, límites a la misma. (M.P.G.R.)

56. STARK, R.: «Die Rechtsprechung des BVerfG zum Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrenschtz».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre las tensas relaciones entre el derecho al honor y la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional alemán privilegia (no del todo justificadamente en opinión del autor) la segunda frente al primero. (M.P.G.R.)

57. TRIOLA, R.: «Ancora in tema di ratifica di atto unilaterale posto in essere da falsus procurator -nota a Cass. 30 maggio 1995 n. 6075», GC, 1995, n.º 11, págs. I, 2685-2687. (R.D.R.)

3. PERSONA JURÍDICA

58. BARBA, A.: «La normatività della fondazione», RDC, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 417-480.

Estudio de la figura de la fundacion como titular de empresa. Las particularidades y aptitudes de las fundaciones para realizar actividades de empresa. (R.D.R.)

59. BUCCINI, R.: «La disciplina attuale del diritto d'autore. Le associazioni senza fine di lucro e la concorrenza sleale -nota ad App. Milano 3 marzo 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 207-216. (R.D.R.)

60. FUSARO, A.: «Le associazioni imprenditrici ed il registro delle imprese», CI, 1995, n.º 2, págs. 617-625.

Ejercicio de actividades objetivamente lucrativas por parte de los entes colectivos del Libro I del código civil. Asociaciones y fundaciones empresarias. Los entes no lucrativos frente al Registro de las empresas. (A.R.G.)

61. GIAMPERI, A.: «Organi di persone giuridiche», CI, 1995, n.º 2, págs. 626-649.

Origen y evolución de la teoría del órgano. Persona jurídica y órganos en el Derecho Privado. Los órganos deliberantes. Los órganos de administración. Los órganos de control. La extensión del concepto de órgano a los entes de hecho. (A.R.G.)

62. REINHARD: «Un abus d'abus de majorié?», RDS, 1996, n.º 15, págs. jur. 216-218.

Nota sobre la sentencia de la corte de apelacion de Lyon de 6 de abril de 1995 sobre la sociedad civil inmobiliaria. Cesión de participaciones sociales. Abuso de mayoría. (ARANDA/SIERRA)

63. SASSI, Paolo: «Gli enti religiosi e le proposte di riforma del codice civile in tema di persone giuridiche», Archiv. Giur., 1996, n.º 1, págs. 67-108.

Los entes religiosos a caballo entre la persona jurídica privada y la persona jurídica pública. Propuesta de una reforma de la persona jurídica privada regulada en el libro primero del *Codice civile*. La reforma se refiere sobretodo, a la atribución de la perso-

nalidad jurídica, el sistema actual es de concesión y se quiere pasar a uno de atribución normativa de la misma por inscripción, previa homologación del acto constitutivo. La adquisición de la personalidad se limitaría a un puro control de legitimidad formal, parecido al reconocimiento de la personalidad en materia societaria. Así mismo, resulta necesario reformar la normativa que exige la obtención de autorización gubernativa previa para que la persona jurídica pueda realizar adquisiciones inmobiliarias o aceptar donaciones. Ya en 1994 hubo una tentativa de reforma de los arts. 12, 16 y 17 del C.c. (L.S.M.P.)

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

64. AA.VV.: «Responsabilité et exécution du contrat», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 28-34.

Planteamiento del problema. La responsabilidad del asegurador por la mala ejecución de un contrato de seguro. La responsabilidad en la que incurre por asegurar la protección jurídica. (ARANDA/SIERRA)

65. AA.VV.: «Responsabilité et conception du contrat», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 12-17.

Posición del problema. Evolución del control de los contratos de seguro por el Estado. La responsabilidad cubierta por el asegurador fabricante. El fundamento de la responsabilidad de la sociedad de seguros en tanto creador de un producto. (ARANDA/SIERRA)

66. AA.VV.: «Responsabilité et capacités financières», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 35-41.

Planteamiento del problema. El punto de vista de un financiero. Disposiciones reguladoras de la liquidación de las empresas de seguros. El punto de vista de un controlador. (ARANDA/SIERRA)

67. AAVV: «La responsabilité et distribution du contrat», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 18-27.

Posición del problema. La responsabilidad del intermediario del seguro. El punto de vista de los consumidores. Intermediarios de seguro: una materia de riesgos. (ARANDA/SIERRA)

68. AA.VV.: «Droit des obligations», RDS, 1996, n.º 13, págs. 113-122.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses en materia de obligaciones. (ARANDA/SIERRA)

69. ABEILLE: «La fiducie», GP, 1996, n.º 17-18, págs. 15-18.

Resumen de su intervención sobre la fiducia, la fiducia y el abogado francés, en el 67 Congreso de CNA, celebrado en Quebec el 10-11 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

70. ACCARDO, G.: «L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei piú recenti orientamenti giurisprudenziali», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 1-41.

Artículo dedicado a la cuestión de la excesiva onerosidad sobrevenida como causa de resolución del contrato y al análisis del conjunto de los remedios existentes contra aquella. (A.R.G.)

71. ALPA, G.: «Sul recepimento della Direttiva comunitaria in tema di clausole abusive», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 46-48.

Artículo que aborda la recepción en el ordenamiento italiano de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. (A.R.G.)

72. AMAR-LAYANI: «La tacite reconduction», *RDS*, 1996, n.º 17, págs. chr. 143-148.

Análisis de la tácita reconducción. Voluntad de continuar la relación contractual y desarrollo del nuevo contrato. (ARANDA/SIERRA)

73. ARMAND-PRÉVOST: «La prévention des difficultés des entreprises: droits et obligations des créanciers», *GP*, n.º 53-53, págs. 3-6.

Análisis de los 8 años de aplicación de la ley de 1 de marzo de 1984 sobre la prevención y de 25 de enero de 1995 sobre los procedimientos colectivos. (ARANDA/SIERRA)

74. AUBERT: «Le titulaire d'un contrat de location à l'usage mixte qui utilisé les lieux loués au seul usage professionnel, ne peut se prévaloir au terme du contrat, du droit au renouvellement établi par la loi du 22 juin 1982», *RDS*, 1996, n.º 14, págs. jur. 189-193.

Nota a la sentencia de casación civil, pleno, de 22 de febrero de 1996 sobre arrendamiento de vivienda del art. 7 de la ley de 22 de junio de 1982. Renovación. Uso mixto. Necesidad de usar la vivienda. (ARANDA/SIERRA)

75. BALDUZZI, M.: «La semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di assicurazioni private e di interesse collettivo», *NLCC*, 1996, n.º 1, págs. 93-102.

Reflexiones sobre el d.p.r. 18 aprile 1994, n.º 385, que simplifica y acelera el procedimiento administrativo, adoptando una serie de criterios para autorizar o denegar el ejercicio de actividades aseguradoras.

Referencia al decreto legislativo n.º 174 y 175 de 17 de marzo de 1995, en aplicación de las Directivas 92/96/CEE y 92/49/CEE en materia de seguros de vida. (R.D.R.)

76. BARBIER: «Baux commerciaux», *GP*, 1996, n.º 61-62, págs. 13-14.

Nota a la sentencia de casación civil, tercera, de 8 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

77. BARBIER: «Baux commerciaux», *GP*, 1996, n.º 61-62, pág. 12.

Nota a la sentencia de casación civil, tercera, de 28 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

78. BARBIER: «Baux en général», GP, 1996, n.º 61-62, págs. 11-12.

Comentario a la sentencia de casación civil, tercera, de 1 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

79. BARBIER: «Le nouveau statut des baux commerciaux industriels et artisanaux», GP, 1996, n.º 61-62, págs. 2-10.

Anotaciones y jurisprudencia en aplicación de diversos artículos del decreto de 30 de septiembre de 1953 modificado. (ARANDA/SIERRA)

80. BATTEUR: «La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation: réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contract de vente de voyages», RDS, 1996, n.º 10, págs. chr. 82-86.

Relación entre el derecho de obligaciones y el Derecho de consumo. Necesidad de una mayor protección al cliente; de una agencia de viajes. Medidas: reforzamiento del formalismo informativo e instauración de un ilusorio equilibrio contractual con vuelta al Derecho común. (ARANDA/SIERRA)

81. BEIGNIER: «Déclaration des risques at bonne foi dans le contrat d'assurance», RDS, 1996, n.º 4, págs. 56-60.

Nota a la sentencia del TGI de Bayona de 20 de diciembre de 1994 y Corte de apelación de Toulouse de 20 de mayo de 1995 sobre el contrato de seguro terrestre. Nulidad. Enfermedad preexistente del asegurado. Defecto de la declaración. (ARANDA/SIERRA)

82. BELLELLI, A.: «Codice di deontologia medica e tutela del paziente», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 577-587.

Observaciones en torno al sistema de principios y reglas deontológicas que deben observar los profesionales médicos en el ejercicio de su actividad. Breve referencia al tema de la tutela del paciente y al de la fecundación asistida. (R.D.R.)

83. BERGEL-BACHUEL: «Sécheresse: catastrophe naturelle quand les tribunaux ajoutent à la loi», GP, 1996, n.º 38-39, págs. 2-4.

Hace referencia a algunas sentencias en las que los tribunales aprecian la fuerza mayor. (ARANDA/SIERRA)

84. BLASSELLE: «L'erreur vice du consentement dans les cessions de parts sociales», RDS, 1996, n.º 4, págs. jur. 50-53.

Comentario a la sentencia de casación comercial de 7 de febrero de 1995 sobre el error en las cualidades esenciales. Cesión de participaciones sociales. Objeto social de la persona jurídica. (ARANDA/SIERRA)

85. BOLARD: «Recours-nullité et désignation judiciaire des arbitres», RDS, 1995, n.º 6, págs. jur. 79-82.

Nota a casación civil, 1.ª, de 10 de mayo de 1995, sobre arbitraje internacional. Juez único. (ARANDA/SIERRA)

86. **BON/TERNEYRE:** «Responsabilité de la puissance publique», RDS, 1996, n.º 6, págs. jur. 47-54.

Notas a decisiones del Consejo de Estado de 1994 sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

87. **BOUBLI:** «Nota a la sentencia de casación civil de 22 de marzo de 1995», GP, 1996, n.º 7-9, págs. 19-20.

Comentario a la sentencia citada sobre responsabilidad de garantía de perfecto acabado. Contrato de obra. (ARANDA/SIERRA)

88. **BOULARD:** «Voies de recours et refus de désigner l'arbitre», RDS, 1996, n.º 11, págs. 153-155.

Nota a casación civil, 2.ª, de 29 de marzo de 1995 sobre arbitraje. Cláusulas. Dificultad de constituer un tribunal arbitral. (ARANDA/SIERRA)

89. **BRAULT:** «Baux commerciaux», GP, 1996, n.º 61-62, págs. 14-19.

Comentario a las sentencias del Tribunal de París, sala 16, de 31 de octubre de 1995 y a la de la Corte de casación comercial de 23 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

90. **BRAULT:** «Conditions d'application de l'article 2-4.º du décret du 30 septembre 1953 et sanction des clauses exorbitantes du droit commun par l'article 35 du décret», LC, 1995, n.º 13-14, págs. 1-2.

91. **BRAULT/MUTELET:** «Bail commercial», LC, 1996, n.º 1, págs. 8-14.

Notas a sentencias sobre la aplicación del decreto de 30 de septiembre de 1953 sobre competencia jurisdiccional. Delegación de renovación. (ARANDA/SIERRA)

92. **BRAULT/MUTELET:** «Bail commercial», LC, 1995, n.º 13-14, págs. 9-15.

Notas a sentencias sobre operación; revisión, cargas y pagos. (ARANDA/SIERRA)

93. **BRAULT/MUTELET:** «Bail commercial», LC, 1995, n.º 12, págs. 7-12.

Notas a sentencias sobre cesión de cosa arrendada y períodos. Su incidencia en la renovación del arrendamiento. (ARANDA/SIERRA)

94. **BRÉBAND:** «La sécurité des transaction sur Internet», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 30-32.

Soluciones técnicas, criptografía. Seguridad de las transacciones y criminalidad informática. (ARANDA/SIERRA)

95. **BRÉBAN/POTTIER:** «Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 3-9.

La problemática jurídica de los cambios electrónicos de cara a la prueba. Intervención de un tercero que certifique. Formalismo electrónico. Técnicas modernas de autenticación. Confidencialidad y seguridad. (ARANDA/SIERRA)

96. BÜDENBENDER, U.: «Wechselwirkungen zwischen Vorteilausgleichung und Drittschadensliquidation», *JZ*, 1995, págs. 920-928.

Interacción entre compensación de ventajas y liquidación de daños a terceros.

El autor proyecta la situación (no expresamente regulada por el BGB) de compensación entre los daños causados y (al mismo tiempo) las ventajas objetivas (cuando coinciden), sobre la situación triangular en la que el titular de la acción de reparación puede articular demanda por los daños producidos desde un punto de vista económico, a terceros. En este tipo de situaciones, el montante de la potencial indemnización puede y suele estar condicionado por diversas relaciones de perjuicio/beneficio. (M.P.G.R.)

97. BUTA, G.: «Responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza», *GC*, 1995, n.º 11, págs. II, 487-494.

Análisis de las cláusulas limitativas de la responsabilidad de la Banca, por el servicio de cajas de seguridad, incluidas en las condiciones generales del contrato. Cláusulas abusivas y tutela de los consumidores. (R.D.R.)

98. CARICATO, C.: «Malattie mentali, doveri di sorveglianza e responsabilità dell' U.S.L. per i danni cagionati dall' infermo psichico a se stesso», *NGCC*, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 974-982.

Comentario a Trib. Trieste 19.2.1993 sobre responsabilidad civil ante los enfermos psíquicos. (A.R.G.)

99. CARINGELLA, F.: «La ragionevolezza dell'uso della res quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori», *FI*, 1996, n.º 3, I, págs. 954-958.

Nota a Cass. de 29 de septiembre de 1995, n.º 10274 sobre responsabilidad civil por los productos. (A.R.G.)

100. CARO: «La garantie de paiement due à l'entrepreneur de BTP: une garantie en béton armée?», *GP*, 1996, n.º 38-39, págs. 10-12.

Estudio del problema desde la perspectiva del art. 1799 del C.c. instituido por la ley 94-475 de 10 de junio de 1994 y su decreto de aplicacion de fecha 18 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

101. CARROZINI, S.: «Sull'azione di arricchimento senza causa in un caso di controversia fra privati in materia di oneri su licenze edilizie - nota a Cass. 3 giugno 1995 n.º 6289», *GC*, 1996, n.º 2, págs. I, 453-455. (R.D.R.)

102. CAS: «Du couponnage electronique», *RDS*, 1996, n.º 8, págs. chr. 59-63.

Nuevo método de venta. Su ilicitud. Crítica respecto al derecho de la competencia y respecto al derecho de la información. (ARANDA/SIERRA)

103. CASINI, F.: «Volontarietà, consapevolezza e spontaneità del pagamento dell'indebito - nota a Cass. 10 marzo 1995 n.º 2814», *GC*, 1995, n.º 11, págs. I, 2763-2768. (R.D.R.)

104. CASSANDRO SULPASSO, B.: «La réification de la créance in diritto francese», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 533-549.

Comentario acerca de la figura del crédito, en el que se considera a éste como un bien susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad, posesión, garantía, cesión, etc. (R.D.R.)

105. CHABAS: «Nota a casación civil, sección 2.ª, de 22 de mayo de 1995», GP, 1996, n.º 7-9, págs. 26-28.

Observaciones a la sentencia citada en materia de responsabilidad civil por hecho de otro. Asociaciones deportivas. (ARANDA/SIERRA)

106. CHABAS: «Nota a la sentencia de casación criminal de 7 de julio de 1993», GP, 1996, n.º 7-9, págs. 27-28.

Comentario a la sentencia citada en materia de responsabilidad médica. (ARANDA/SIERRA)

107. CHAPUISAT: «Des récentes décisions rendues en matière de droit des assurances et de leurs incidents financières pour les assureurs», GP, 1996, n.º 80-81, págs. 3-10.

Tres evoluciones radicales del derecho de seguros: decisiones favorables al asegurado, al asegurador o a la víctima. Decisiones favorables al asegurado y a la víctima. Una jurisprudencia no uniforme. Una evolución limitada que respeta los principios fundamentales y el juego del contrato de seguro (ARANDA/SIERRA)

108. CHARTIER: «État végétatif et réparation du préjudice», RDS, 1996, n.º 5, págs. jur. 69-70.

Nota a la sentencia de casación civil, segunda, de 22 de febrero de 1995 sobre la responsabilidad civil por daños a la persona humana. Aplicación del art. 1382 del C.c. (ARANDA/SIERRA)

109. CHINÈ, G.: «Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità -nota a Cass. 27 aprile 1995 n.º 4645», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1095-1101. (R.D.R.)

110. CHINÈ, G.: «Lettera di conferma del credito ed obblighi del confermande nella compravendita internazionale - osservazione a Trib. Roma 16 dicembre 1995 (ord.)», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 865-867. (R.D.R.)

111. CIACCI, G.: «Brevi note in tema di danno biologico e danno biologico da morte - nota a Cass. 27 dicembre 1994 n.º 11169», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3082-3087. (R.D.R.)

112. COCCO, A.: «Buona fede, contratti di assicurazione e contratti uberri-mae fidei nel diritto inglese», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 831-836.

Comentario a House of Lords 25-7-1994 respecto a la buena fe en el derecho contractual inglés. (A.R.G.)

113. CONTINO, E.: «Arbitrato, arbitraggio, transazione e contratto preliminare -nota a Cass. 20 marzo 1995 n.º 3227», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3027-3032. (R.D.R.)

114. COURTIEU: «À propos de risques nouveaux et d'aggravation», GP, 1996, n.º 84-86, págs. 2-4.

Estudio a propósito de la sentencia de 30 de mayo de 1995 sobre el significado de la expresión «igual riesgo» u otro. Riesgo nuevo y riesgo diferente. Previsiones de un contrato de seguro. (ARANDA/SIERRA)

115. COSTANZA, M.: «L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni -nota a Cass. 21 ottobre 1994 n.º 8638», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3094-3097. (R.D.R.)

116. COSTANZO, P.: «Note sul danno biologico e sulle modalità del suo risarcimento per mezzo dell'equità - nota a Cass. 13 aprile 1995 n.º 4255», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 510-521. (R.D.R.)

117. DAGORNE-LABBE: «La notion de véhicule terrestre à moteur au sens de l'article premier de la loi du 5 juillet 1985», RDS, 1996, n.º 8, págs. jur. 113-114.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 4 de abril de 1995 sobre el seguro obligatorio del automóvil. Responsabilidad civil por accidente de circulación. (ARANDA/SIERRA)

118. DAGORNE-LABBE: «L'égalité ou illégalité d'un arrêté interministériel modifiant les obligations de l'agence de voyage telles qu'elles résulteraient de la loi du 11 juillet 1975», RDS, 1996, n.º 19, págs. jur. 261-262.

Nota a la decisión del Consejo de Estado de 21 de julio de 1995 sobre la obligación de garantizar la seguridad de los viajeros durante el viaje y su estancia. Obligación de medios. Art. 12 de la ley 75-627 de 11 de julio de 1975 sobre condiciones de ejercicio de actividad organizativa de viajes y art. 1 del anexo a la decisión interministerial del Consejo de 14 de junio de 1984 sobre las condiciones generales de venta y las relaciones agencia de viajes-clientes. (ARANDA/SIERRA)

119. DAMIEN: «Le périmètre du Droit», GP, 1996, n.º 110-111, págs. 8-11.

Comentario a la sentencia de casación criminal de 13 de marzo de 1996 sobre contabilidad pública. Misión de los expertos contables. Actos prohibidos. Línea de derecho autorizado a los expertos contables. (ARANDA/SIERRA)

120. DE GIORGI, M.V.: «Il risarcimento dei danni da morte dopo la sentenza n.º 372/1994 della Corte costituzionale», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1026-1029.

Comentario a Trib. Trento 19-5-1995 respecto al resarcimiento *iure hereditario*. (A.R.G.)

121. DE LORENZO, C.: «Brevi note sulla identificazione dell'oggetto nei contratti immobiliari», FI, 1996, n.º 4, I, págs. 1387-1391.

Observaciones a Cass. de 12 de abril de 1995, n.º 4193 y a Cass. de 14 de diciembre de 1994, n.º 10698 sobre venta de inmuebles. (A.R.G.)

122. DE MATTEIS, R.: «La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali», *CI*, 1995, n.º 2, págs. 489-523.

Culpa profesional. Responsabilidad médica: ¿Hacia un régimen unitario de normas?. El artículo 2236 del Código Civil. El papel de la doctrina en la interpretación del art. 2236 del Código civil. El régimen de la responsabilidad médica en la jurisprudencia. Responsabilidad de la estructura sanitaria. (A.R.G.)

123. DE NOVA, G.: «I nuovi contratti», *RDC*, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 653-657.

Información legal y doctrinal acerca de nuevos contratos sobre participaciones sociales, financiación y contratos con consumidores. (R.D.R.)

124. DEL BENE, F.: «Esercizio del diritto di ripresa, tardivo adempimento dell'obbligo di rilascio del fondo e corresponsione dell'utile di gestione del predio a titolo di maggior danno ex art. 1591 cod. civ.», *NGCC*, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 854-865.

Comentario a Cass. 6-10-1994, n.º 8182 respecto a los arrendamientos rústicos. (A.R.G.)

125. DI GARBO, G.: «Garanzia bancaria a prima richiesta, provvedimento cautelare e "genuina controversia" -nota a Trib. Udine 22 giugno 1995 (ord.)», *GC*, 1996, n.º 2, págs. I, 533-538. (R.D.R.)

126. DI MAJO, A.: «I "principles" dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law», *RDC*, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 609-627.

Revisión de los principios contractuales y reglas generales de contratos comerciales internacionales, entendidos como un conjunto de normas de fácil aplicación para los sujetos contratantes de ámbito internacional, en aras de un derecho internacional contractual uniforme. (R.D.R.)

127. DI SABATO, F.: «Sulla estinzione per compensazione del debito di conferimento», *CI*, 1995, n.º 2, págs. 651-671.

Problema de la admisión de la compensación entre la deuda del socio y su crédito frente a la sociedad. (A.R.G.)

128. DOGLIOTTI, M.: «"Diritto a non nascere" e responsabilità civile», *DFP*, 1995, n.º 4, parte prima, págs. 1474-1488.

Comentario a Trib. Roma de 13 de diciembre de 1994 en materia de responsabilidad civil del médico. (A.R.G.)

129. DOUCET: «Couts et blessures», *GP*, 1996, n.º 56-58, págs. 27-29.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Aix-en-Provence, sección 13, de 22 de noviembre de 1995. El delito de puesta en peligro. Elementos constitutivos. Necesidad de violación de una obligación particular de seguridad o de prudencia impuesta por una ley o por un reglamento. (ARANDA/SIERRA)

130. DURRY: «Synthèse», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 42-43.

Resumen a las ponencias presentadas en el segundo coloquio de asociación de juristas de seguros y reaseguros presentada en París el 29 de septiembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

131. EBENE, C.: «Risarcimento in forma specifica», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 659-668.

Información doctrinal y jurisprudencial acerca del resarcimiento por daño en forma específica, según la causa. (R.D.R.)

132. EKOLLO: «Pour l'effectivité des délais de grâce en matière locative», GP, 1996, n.º 108-109, págs. 2-6.

Leyes de 21 de julio de 1994 y 6 de julio de 1989 sobre la neutralización del plazo de gracia. Estado jurisprudencial. Alternativas legales y necesidad de solución. (ARANDA/SIERRA)

133. EMANUELE, C.F.: «Sui contratti conclusi dai consumatori nella convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», GC, 1996, n.º 1, págs. II, 19-25.

Revisión de la disciplina contractual y tutela del consumidor, tras la Convención de Roma de 1980 sobre leyes aplicables a las obligaciones contractuales. (R.D.R.)

134. EMILIOZZI, E.A.: «Rilevanza degli stati soggettivi dell'accipiens nella disciplina dell'indebito oggettivo -nota a Cass., sez. un., 3 febbraio 1995 n.º 1315», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3061-3065. (R.D.R.)

135. FERRANDO, G.: «Chirurgia estetica, "consenso informato" del paziente e responsabilità del medico, NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 941-950.

Comentario a Cass. 25-11-1994, n.º 100014 sobre responsabilidad del médico. (A.R.G.)

136. FERRARI, F.: «Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e diritto internazionale privato», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 669-685.

Comentario a la sentencia del *Tribunale di Monza*, 29 marzo 1993, en relación con la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre contratos de venta internacional de bienes muebles, y la Convención de la Haya de 1955. Ley aplicable al contrato internacional. (R.D.R.)

137. FINOCCHIARIO, M.: «Sull'imposta di registro nel caso di cessione dell'azienda familiare a familiare già partecipante -osservazione a Cass. 19 ottobre 1995 n.º 10893», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 740-741. (R.D.R.)

138. FORGERON: «Le dépôt des documents multimédias», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 10-13.

Obligación de depósito legal. Decreto de 31 de diciembre de 1993. Modalidad de las sanciones. (ARANDA/SIERRA)

139. FRANCO, G.: «Sulla questione se sia o meno applicabile la normativa vincolistica agraria in ordine ai contratti che concedono il godimento del fondo rustico facente parte del patrimonio fallimentare -nota a Cass. 20 ottobre 1994 n.º 8589», GC, 1995, n.º 11, págs. I, 2795-2802. (R.D.R.)

140. GDA: «Agents d'affaires», GP, 1996, n.º 54-55, págs. 5-6.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Aix-en-Provenza de 29 de marzo de 1995 sobre obligaciones y responsabilidad. Arrendamiento de inmuebles. (ARANDA/SIERRA)

141. GARDELLA TEDESCHI, B.: «Deposito-comodato-mutuo», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 633-651.

Síntesis bibliográfica y jurisprudencial en torno a las figuras contractuales del depósito, comodato y mutuo, con especial referencia a sus caracteres, requisitos esenciales y clases. (R.D.R.)

142. GIAMPIERI, A.: «L'attuazione della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione Europea», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 551-575.

Comentario relativo a la nueva tendencia europea de unificación legislativa, en materia de relaciones comerciales entre particulares.

En especial, se hace referencia al problema de las cláusulas abusivas, la defensa del consumidor y a su regulación en el Derecho europeo, con anterioridad y tras la Directiva 93/13/CEE concerniente a cláusulas abusivas en contratos estipulados con consumidores, favorable a la introducción de un sistema de principios uniformes que aseguren el respeto a las reglas básicas del mercado único. (R.D.R.)

143. GIAMPIETRO, F.: «Il danno ambientale tra l'art. 18 l. n.º 349/1986 ed il regime ordinario di codice civile - nota a Cass. 1 settembre 1995 n.º 9211», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 780-786. (R.D.R.)

144. GIANMARIA, P.: «Danno da morte, danno alla salute e danno psichico: tra vecchi dogmi e rischi di alluvione - nota a Trib. Napoli 16 gennaio 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 257-264. (R.D.R.)

145. GIORDANO, F.: «Contratto di commissione e mandato senza rappresentanza», GC, 1996, n.º 4, págs. II, 171-196.

Estudio del contrato de comisión como figura típica del mandato sin representación.

Mandato y adquisición de bienes muebles no registrados y de bienes muebles e inmuebles registrados.

Eficacia traslativa-real frente a terceros del mandato de enajenar. (R.D.R.)

146. GRANELLI, C.: «Simulazione del contratto», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 607-632.

Notas doctrinales y jurisprudenciales acerca de la simulación contractual: aplicación de principios, efectos entre las partes, efectos frente a terceros, pruebas, etc. (R.D.R.)

147. GRIGOLI, M.: «In tema di interpretazione dell'art. 18 della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 per la unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale -nota a Cass. 30 dicembre 1994 n.º 11294», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3078-3079. (R.D.R.)

148. GRIGOLI, M.: «Notazioni negative e positive sul regolamento recante norme per l'esercizio della locazione e del noleggio delle unità da diporto», GC, 1995, n.º 12, págs. II, 581-591.

Crítica a la actual e insuficiente regulación italiana respecto del arrendamiento y contrato de alquiler en el Derecho de la navegación. (R.D.R.)

149. GRIGOLI, M.: «Rilevanza dell'autonomia privata nella realtà normativa del trasporto marittimo internazionale di merci - nota a Cass. 20 dicembre 1995 n.º 13018», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 691-692. (R.D.R.)

150. GRIGOLI, M.: «Sui tratti discretivi tra nave e relitto di nave -nota a Cass. 1 giugno 1995 n.º 6134», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 159-161. (R.D.R.)

151. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, L.: «Impegno alla eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto -nota a Cass. 26 giugno 1995 n.º 7216», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1062-1068. (R.D.R.)

152. GRIWOTZ, H.: «Städtbauliche Verträge zu Lasten Dritter?», NJW, 1995, págs. 1927-1931.

¿Contratos urbanísticos de construcción en perjuicio de terceros? Problemas y riesgos del desarrollo cooperativo en el ámbito de la construcción.

De conformidad con la voluntad del legislador, con ayuda de reglas contractuales se puede fomentar la construcción. La cooperación entre ayuntamientos y empresas de construcción parece ser una técnica que está gozando de mayor aceptación que los tradicionales y unilaterales planes urbanísticos. Sin embargo, este tipo de acuerdos puede poner en peligro la aplicación unitaria y equitativa de la ley. Sobre el eventual perjuicio que puedan causar a terceros versa el presente trabajo. (M.P.G.R.)

153. GROSZ: «Dernières contributions jurisprudentielles à la franchise», GP, 1996, n.º 33-34, págs. 2-8.

Clasificación de sentencias de los tribunales franceses sobre la franquicia. (ARANDA/SIERRA)

154. GROUTEL: «Les responsabilités de l'assureur», GP, 1996, n.º 112-114, págs. 8-10.

Ponencia al 2.º coloquio de la asociación de juristas de seguros y reaseguros celebrada en París en septiembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

155. HENSSLER, M.: «Dogmatik und Wirklichkeit», ACP, 1996, págs. 37-87.

El recurso a la fiducia se remonta al Derecho romano y conoce manifestaciones diversas en todos los ordenamientos, algunas muy desarrolladas como ocurre con la figura del «trust» en Derecho inglés. El BGB, sin embargo, no regula el negocio fiduciario, como tampoco lo hicieron el Código francés o el austriaco. En este artículo se expone desde una perspectiva dogmática los servicios que presta actualmente el recurso a la figura de un fiduciario, las facultades que se le conceden, la posición del fideicomitente y su protección, así como las relaciones de ambos entre sí y con terceros. (I.G.P.)

156. HOCQUET-BERG: «Remarques sur la prétendue convention d'assistance», GP, 1996, n.º 7-9, págs. 10-18.

La realidad jurídica de la convención de asistencia. La obligación de reparar, consecuencia del convenio de asistencia. (ARANDA/SIERRA)

157. HOLL: «La fiducia», GP, 1996, n.º 17-18, pág. 14.

Resumen de su intervención sobre la fiducia, el rol y la utilidad de la fiducia, en el 67 Congreso de C.N.A., celebrado en Quebec el 10-11 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

158. IZZO, N.: «L'esecuzione degli sfratti e la violazione dei diritti dell'uomo - nota a C. eur. diritti dell'uomo 28 settembre 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 10-14. (R.D.R.)

159. IZZO, N.: «L'inesistenza del diritto di ritenzione per il mancato pagamento dell'indennità di avviamento - nota a Cass. 17 ottobre 1995 n.º 10820, Cass. 1 giugno 1995, n.º 6132 e Cass. 30 marzo 1995 n.º 3813», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 750-760. (R.D.R.)

160. IZZO, N.: «L'intimazione di sfratto per morosità e la ricostituzione della locazione - nota a Trib. Roma 18 settembre 1995», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3132-3136. (R.D.R.)

161. JACQUIN: «Dans quelles conditions les travaux d'amélioration permettent-ils le déplaçonnement?», GP, 1996, n.º 110-111, págs. 2-7.

Mejoras en los locales arrendados. La noción de mejora. Fecha de su realización. (ARANDA/SIERRA)

162. JEOL: «Indétermination du prix dans les contracts de longue durée: de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de Cassation)», RDS, 1996, n.º 2, págs. jur. 13-21.

Nota a la sentencia de casación, plenaria, de 1 de diciembre de 1995 sobre indeterminación del precio. Inaplicación del art. 1129 del CC. Prestaciones futuras. Franquicia. (ARANDA/SIERRA)

163. JOURDAIN: Incendie du véhicule et notion d'accident de la circulation: la Cour de Cassation éteint le domaine d'application de la loi», RDS, 1996, n.º 12, págs. Jur. 163-167.

Nota a las sentencias de casación civil, 2.ª de 22 y 8 de noviembre de 1995 sobre responsabilidad civil por incendio de vehículo estacionado. (ARANDA/SIERRA)

164. KENNTNER, M.: «Zum nachträglichen Widerruf einer Kreditkartenzahlung», BB, 1995, págs. 2281-2283.

A propósito de la revocación de un pago efectuado con tarjeta de crédito. Si es posible, en qué condiciones y cuál es la eficacia de las cláusulas generales que limitan esta posibilidad es el objeto de este trabajo. (M.P.G.R.)

165. KNOCH, J.: «Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines Altlastengrundstücks», NJW, 1995, págs. 1985-1992.

Prestación de garantía de vicios ocultos en la compra de un inmueble cuyo destino anterior a la compra puede causar daños.

El autor estudia en qué medida el comprador de un inmueble puede hacer responsable al propietario anterior, por los daños que a un tercero o al medio ambiente puedan causar determinados defectos de un inmueble, ocultados culpablemente por el vendedor. (M.P.G.R.)

166. KOOSCHELDERS, D./ROTH, W.: «Grundrechte und Vertragsrecht: Die verfassungskonforme Reduktion des § 565 Abs 2 S.2 BGB», JZ, 1995, págs. 1034-1046.

Derechos fundamentales y Derecho de contratos: reducción constitucional de la interpretación del § 565.2.2.º del BGB.

Los autores propugnan una reducción teleológica conforme a los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados del plazo legal para la resolución del contrato de arrendamiento que, en función de la duración del mismo puede ir de tres a doce meses. La propuesta de reducción se cifra en excluir esta exigencia en el caso de resolución por parte del arrendatario (y no solo del arrendador). (M.P.G.R.)

167. LA ROCCA, G.: «L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici», FI, 1996, n.º 3, I, págs. 882-894.

Nota a Cass. de 8 de enero de 1996, n.º 51 en materia de contratos. (A.R.G.)

168. LA TORRE, M.E.: «Il contratto di viaggio “tuto compreso”» GC, 1996, n.º 1, págs. II, 27-41.

La reglamentación jurídica del contrato de viaje turístico: forma, contenido, pago del precio, modificaciones, derechos del consumidor en caso de rescisión o anulación, incumplimiento, daños, etc. (R.D.R.)

169. LARRIEU: «La prescription d'un chèque émis et payable dans la même département d'outre mer» RDS, n.º 1, págs. jur. 10-12.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Fort-de-France de 30 de setiembre de 1994 sobre la prescripción del cheque y sus efectos. (ARANDA/SIERRA)

170. LE CAË: «La responsabilité de l'agent général d'assurance», GP, 1996, n.º 84-86, págs. 5-8.

Fundamentos jurídicos de la responsabilidad. Responsabilidad contractual, civil y *ex delicto*. Extensión de la responsabilidad por falta del agente. Solución jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

171. LE CAË: «Prescription biennale en droit des assurances: una règle imparfaitement maitrisée», GP, 1995-1996, n.º 395-4, págs. 4-8.

«Pourporlers» y responsabilidad del asegurador. La interrupción de la prescripción. La prescripción bienal y el seguro de protección jurídica. (ARANDA/SIERRA)

172. LE TORNEAU: «De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux», GP, 1996, n.º 5-6, págs. 2-7.

Las negociaciones. Intervención de tercero. La forma. (ARANDA/SIERRA)

173. LEDUC: «La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses», RDS, n.º 19, págs. chr. 164-168.

Responsabilidad de un establecimiento por los daños causados por las cosas colocadas en él para cumplir su función. Esa responsabilidad contractual puede obedecer a un régimen agravado o bien restringido. A propósito de la sentencia de casación civil de 7 de enero de 1995 en aplicación del art. 1384-1.º del Code Civil. (ARANDA/SIERRA)

174. LEGEBAQUES: «Chèque falsifié ou faux et responsabilité du banquier», GP, 1996, n.º 56-58, págs. 2-3.

La responsabilidad de la banca. Hacia un reparto de responsabilidad entre la Banca y el cliente. (ARANDA/SIERRA)

175. LÉGER/ FARTHOUAT: «L'arrêt «Gebhard»: la clarification de la distinction entre établissement et prestation de service», GP, 1996, n.º 12-15, págs. 12-15.

La situación antes de las sentencias «Commission c. Grece» y «Gebhard». Situación posterior a ellas. El criterio de infraestructura. (ARANDA/SIERRA)

176. LEINEMANN, R: «Erfordert die Neuregelung des § 648 a BGB eine restriktive Auslegung zum Schutz des Bestellers?», NJW, 1995, págs. 2521-2526.

¿Exige la nueva regla del § 648 a del BGB una interpretación restrictiva en protección del comitente de un contrato de obra? A esta pregunta trata de contestar el autor, a partir de la nueva redacción (por Ley 1-5-1993) del § 648 a del BGB que proporciona al contratista el derecho a exigir de su comitente seguridad sobre la suma contractualmente pactada. (M.P.G.R.)

177. LENER, G.: «La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori», FI, 1996, n.º 4, V, págs. 145-175.

Artículo que versa sobre este tipo de cláusulas en los contratos de consumidores. (A.R.G.)

178. LIGUORI, F.: «La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni», FI, 1996, n.º 3, IV, págs. 145-178.

Estudio exhaustivo en materia de compraventa internacional de inmuebles. (A.R.G.)

179. LORENZ, S.: «Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht», JUS, 1995, págs. 569-575.

El sistema jurídico alemán regula diversos derechos de información con concreta articulación procesal, tendentes bien a la obtención de datos relevantes para la interposición o persecución de una acción (por ejemplo, datos sobre la persona o el patrimonio del deudor), o al ejercicio de un derecho contractual de información. El artículo analiza tanto las pretensiones accesorias o auxiliares, cuanto aquellas independientes. (M.P.G.R.)

180. LÖTZSCH, M., BORNHEIM, H.: «Zivilrechtliche Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung er neuen Vergabevorschriften der VOB/A durch private Auftraggeber», NJW, 1995, págs. 2134-2139.

Consecuencias civiles de la ausencia de cumplimiento de las nuevas normas sobre adjudicación de diversos tipos de contratos en el marco de la legislación comunitaria. (M.P.G.R.)

181. MAJELLO, V.: «Il contratto simulato: aspetti funzionali e strutturali», RDC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 641-656.

Tratamiento de la simulación contractual desde las diferentes opiniones acerca de su concepto, naturaleza, funcionalidad y estructura.

Ocultamiento de efectos, simulación subjetiva, objetiva y actos unilaterales. (R.D.R.)

182. MANNA, A.: «In tema di deroghe convenzionali all'equo canone -nota a Cass. 24 novembre 1995 n.º 12129», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 974-977. (R.D.R.)

183. MARGEAT/FAVRE-ROCHEX/CERVEAU: «Assurances», GP, 1996, n.º 84-86, págs. 9-29.

Textos, bibliografía, jurisprudencia y comentarios en materia de seguros. (ARANDA/SIERRA)

184. MARTUCCELLI, S.: «Pregiudizio economico per il donatario e impossibilità dell'onere della donazione modale -nota a Cass. 22 giugno 1994 n.º 5983», GC, 1995, n.º 11, págs. I, 2805-2808. (R.D.R.)

185. MASSIP: «Seuls le majeurs protégée, son tuteur et ses héritiers, mais non l'acquéreur d'un immeuble, peuvent invoquer la nullité d'un acte accompli par l'incapable relativement à cet immeuble», RDS, 1996, n.º 1, págs. jur. 3-4.

Notas a la sentencia de casación civil, primera, de 31 de enero de 1995 sobre tutela y nulidad de la terminación de un arrendamiento de local de negocio. (ARANDA/SIERRA)

186. MASSONI: «La déclaration de créance par un préposé du créancier-suite... et jamais fin», GP, 1996, n.º 10-11, págs. 2-4.

Órganos habilitados por la ley para representar a las personas morales. Facultad de delegación y subdelegación. La redacción de las delegaciones de poder. (ARANDA/SIERRA)

187. MASSONI: «Peut-on comparer un âne et un cheval de course?», GP, 1996, n.º 33-34, págs. 18-23.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de apelación de Douai, sección primera, de 2 de octubre de 1995 sobre la publicidad comercial comparativa y denigrante. (ARANDA/SIERRA)

188. MASTROPIETRO, B.: «Differenza fra vendita di cosa futura ed apalto», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1001-1007.

Comentario a Cass. 8-9-1994, n.º 7697. Dificultad para individualizar los criterios de distinción de las dos figuras. Diferencias de disciplina respecto a la responsabilidad por vicios en la cosa. (A.R.G.)

189. MEMMI: «La responsabilité du fabricant de médicaments: un refus manifeste de garantir le risque de développement», 1996, n.º 7-9, págs. 2-9.

El rechazo del fundamento contractual de la responsabilidad del fabricante de medicamento frente al consumidor. El triunfo del fundamento delictual. (ARANDA/SIERRA)

190. MICHA-GOUDET: «Caractère probatoire du formalisme de l'art. 1326 du Code civil et mandat de se rendre caution», RDS, 1995, n.º 10, págs. jur. 133-137.

Comentario a la sentencia de casación civil, primera, de 27 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

191. MIERBEAU-GAUVIN: «Remboursement anticipé d'une somme payable par fractions échelonnées lors une vente de fonds de commerce et remboursement anticipé du prêt», RDS, 1996, n.º 5, págs. jur. 66-69.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 7 de febrero de 1995 sobre el préstamo con intereses. Vencimiento del préstamo y cálculo de los intereses. Efectos del reembolso anticipado. (ARANDA/SIERRA)

192. MONTECCHIARI, T.: «Contratto preliminare, funzione della tracciazione immobiliare e tutela del promissario acquirente -nota a Cass. 25 agosto 1994 n.º 7512», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3115-3120. (R.D.R.)

193. MORAND: «Transformation de greniers», GP, 1996, n.º 38-39, pág. 21.

Nota a casación civil, tercera, de 5 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

194. MOURALIS: «Opposabilité de l'exception de jeu à l'action en paiement d'un chèque de casino sans provision émis incomplet et régularisé par le bénéficiaire», RDS, 1996, n.º 3, págs. jur. 36-39.

Nota a la sentencia de la corte de apelación Aix-en-Provence de 30 de noviembre de 1994 sobre juego de lotería. Crédito por juego. Reconocimiento de deuda. Excepción de juego. (ARANDA/SIERRA)

195. MOURALIS: «Responsabilité alourdie et engagement unilatéral de l'organisateur d'une loterie publicitaire présentée dans des documents ambigus: est-ce l'heure du cauchemar pour les fabricants de rêves?», RDS, 1996, n.º 13, págs. jur. 180-184.

Nota a la sentencia de casación civil, 1.ª, de 28 de marzo de 1995. Lotería, venta por correspondencia. Cliente. Presentación para el pago. (ARANDA/SIERRA)

196. NASSALL, W.: «Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», JZ, 1995, págs. 689-694.

La aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. La Directiva contiene un buen número de cláusulas generales y de conceptos jurídicos indeterminados que el artículo trata de amparar bajo diversos parámetros de concreción. (M.P.G.R.)

197. NLEND: «Les responsabilités civile et pénale des associations sportives du fait de leurs athlètes», GP, 1996, n.º 105-106, págs. 7-13.

Responsabilidad contractual de la asociación deportiva. Fundamento. Responsabilidad ex delicto de la asociación por el hecho de su atleta. Condiciones de exigibilidad por el Código penal. (ARANDA/SIERRA)

198. NUNZIATA, M.: «Profili civilistici della "ciarlataneria"», GC, 1996, n.º 2, págs. II, 77-88.

Responsabilidad por actividades embaucadoras o engañosas. (R.D.R.)

199. NUZZO, M.: «Collegamento negoziale e mutuo di scopo convenzionale: una fattispecie con causa unica?», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1069-1076.

Comentario a Cass. 20-1-1994, n.º 474 sobre las conocidas operaciones de créditos para el consumo. (A.R.G.)

200. OLIVIER: «La responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs», GP, 1996, n.º 98-102, págs. 9-12.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 30 de enero de 1996 sobre el servicio público de la justicia. Colaboración del mandatario liquidador inscrito en una lista de la corte de apelación. Perjuicio anormal, especial y de una cierta gravedad. Falta del servicio público. Prueba. (ARANDA/SIERRA)

201. ORLANDO, R.: «Anatocismo giudiziale: una decisione chiara -nota a Trib. Napoli 2 marzo 1995», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 539-546. (R.D.R.)

202. ORRÚ, S.: «Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1118-1124.

Comentario a Cass. 8-7-1994, n.º 6464 y a Trib. Cagliari 23-2-1995 en materia de responsabilidad civil del médico. (A.R.G.)

203. PAISANT: «N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle», RDS, 1996, n.º 16, págs. jur. 228-230.

Comentario a la sentencia de casación civil, primera, de 30 de enero de 1996 sobre cláusulas abusivas y protección del consumidor. Contrato de servicios y actividades profesionales. (ARANDA/SIERRA)

204. PAISSANT/TOURNAFOND: «Droit de la vente», RDS, 1996, n.º 1, págs. 8-10.

Comentarios a varias sentencias francesas sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

205. PAISSANT/TAURNAFOND: «Droit de la vente», RDS, 1996, n.º 2, págs. 11-16.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre el tema. (ARANDA/SIERRA).

206. PARLÉANI: «Compétence internationale en matière de diffamation, en application de l'article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», RDS, 1996, n.º 5, págs. jur. 61-866.

Nota a la decisión del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1995 sobre los contratos. Convenio de Bruselas de 27 de noviembre de 1968. Responsabilidad por delito. Difamación por la prensa. (ARANDA/SIERRA)

207. PEISSE: «L'interruption des délais dans le domaine de la construction», GP, 1996, n.º 38-39, págs. 5-9.

Causas y efectos de la interrupción. (ARANDA/SIERRA)

208. PEISSE: «Sous-traitance et cession de créance. Opposabilité du maître de l'ouvrage», GP, 1996, n.º 12-13, págs. 15-18.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Versalles, sección 13, de 15 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

209. PETERS, F.: «Der Einwand des Mitverschuldens gegenüber Erfüllungsansprüchen», JZ, págs. 754-758.

La excepción de culpa compartida frente a demandas de cumplimiento. En torno al principio consagrado en el § 254 del BGB el autor trata de la pertinencia del recurso a la falta o culpa compartida (entre acreedor y deudor), como dato relevante en la economía de la obligación. (M.P.G.R.)

210. PIÉDELIÈVRE: «Nota a la sentencia de la corte de casación civil de 4 de abril de 1995», GP, 1996, n.º 12-13, págs. 14-15.

Nota a la citada sentencia sobre protección de los consumidores y plazo para ejercitar la acción. (ARANDA/SIERRA)

211. PIGA, M.: «La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario», GC, 1996, n.º 1, págs. II, 43-55.

Estudio de la resolución por impago y mora en las operaciones de crédito fundiario, tras la nueva ley aprobada por el decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n.º 385. (R.D.R.)

212. PIQUET: «L'indivisibilité des contracts», RDS, 1996, n.º 10, págs. jur. 141-145.

Nota a la sentencia de casación comercial de 4 de abril de 1995 sobre arrendamiento de material informático. Contrato de adhesión. Indivisibilidad del contrato. (ARANDA/SIERRA)

213. POTTIER: «Le commerce électronique sur Internet», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 27-29

Venta a distancia. Correo electrónico y protección del consumidor. El pago virtual. (ARANDA/SIERRA)

214. RATIGLIA, M.: «In tema di decadenza della domanda di revocazione della donazione - nota a Cass. 30 marzo 1995 n.º 3795», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 821-823. (R.D.R.)

215. RENART: «Baux en général», GP, 1996, n.º 38-39, págs. 19-20.

Nota a corte de apelación de Toulouse, sección tercera civil, de 24 de enero de 1995 sobre obligaciones del arrendatario. Obligación de actuar con la diligencia media. (ARANDA/SIERRA)

216. RENARD: «Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Bourges, de 7 de febrero de 1995», GP, 1996, n.º 12-13, págs. 18-20.

Nota a la sentencia citada en materia de préstamo sometido a la ley de 10 de enero de 1978. Pago en caso de insolvencia del deudor. Prescripción. (ARANDA/SIERRA)

217. ROCHEX: «À la recherche du sinistre en assurance de responsabilité», GP, 1995-1996, n.º 395-4, págs. 2-3.

Problemática sobre el tiempo de duración del contrato de seguro de responsabilidad y el del hecho generador del daño. (ARANDA/SIERRA)

218. SARGOS: «Distinctions des assurances cumulatives et de la coassurance par lignes. Répartitions d'un recours surrogatoire entre coassureurs», RDS, 1996, n.º 6, págs. jur. 77-79.

Nota a la sentencia de casación civil 1.ª, de 28 de noviembre de 1995 sobre seguros terrestres acumulados. Regulación. Coaseguro. Contribución de los coaseguradores. (ARANDA/SIERRA)

219. SCHILDT, B.: «Konkurrenzprobleme im Bereicherungsrecht», JUS, 1995, págs. 953-959.

Problemas de concurrencia normativa en el ámbito del enriquecimiento sin causa. Se analizan las relaciones entre la acción por enriquecimiento y otro tipo de pretensiones estrechamente ligadas a ésta (pretensiones basadas en el contrato, en responsabilidad no contractual, en la gestión de negocios sin mandato, etc.). (M.P.G.R.)

220. SCHMIDT-SALZER, J.: «Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5-4-1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen», BB, 1995, págs. 1493-1499.

Transformación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores en el Derecho alemán y la AGBGesetz.

El autor, como continuación a la primera parte del trabajo (BB, 1995, pág. 733 ss.), concluye con la suficiencia del proyecto de modificación de la AGBG para considerar adaptado el Derecho alemán a la Directiva. Una modificación del texto del vigente art. 8 no es estrictamente necesaria, pero sí muy recomendable. A pesar de que las filosofías de la Directiva y de la AGBG (y, en general, de su desarrollo jurisprudencial) son absolutamente distintas (la primera concebida en torno a un contrato individual de consumo; la segunda en torno a la generalidad y supraindividualidad de las condiciones generales), el autor opina que no existen diferencias prácticas en la solución última (aunque sí en la argumentación). (M.P.G.R.)

221. SCHNAUDER, F.: «Die Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit», JUS, 1995, págs. 594-598.

Se analizan las consecuencias de la aplicación de algunos principios fundamentales de la responsabilidad civil a la eventual responsabilidad del asalariado vinculado por un contrato de trabajo a desempeñar éste de forma cuidadosa para no dañar los intereses o los bienes del empresario. La constatación de la insuficiencia e inadaptación de tales principios y su corrección a través de reglas especiales decantadas por la jurisprudencia, es el objeto central de este trabajo. (M.P.G.R.)

222. SCHNORBUS, Y.: «Der Konzernvorbehalt in Vertrag und Geschäftsbedingungen», BB, 1995, págs. 2225-2233.

La reserva común en el contrato y condiciones generales de la contratación.

Analiza el trabajo una institución de garantía de las prestaciones contractuales que tiene como peculiaridad la de vincular, junto al deudor (o al acreedor en el cumplimiento de sus cargas) a otras personas con él relacionadas desde una perspectiva económica (no jurídica). El análisis se efectúa desde el doble punto de vista de la cláusula de vinculación como singular cláusula contractual individual y como cláusula insertada en condiciones generales. (M.P.G.R.)

223. SCHULTZ, W.: «Widerruf und mißbrauch der postmortalen Vollmacht bei der Schenkung unter Lebenden», NJW, 1995, págs. 3345-3348.

Apoderamientos sobre donaciones realizadas *inter vivos* para después de la muerte: fraude e impugnación.

El autor analiza la solución dada por el BGH a dos supuestos en los que se enfrentan los intereses de los herederos con los de personas convivientes con el causante a los que aquél había apoderado para que tras su muerte dispusieran de determinados títulos valores u otros bienes. (M.P.G.R.)

224. SEGRETO, A.: «La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza», GC, 1996, n.º 2, págs. II, 57-76.

Reflexión en torno a los presupuestos en el ámbito contractual y su relación con los motivos, la causa, el error y los efectos.

Tratamiento doctrinal y jurisprudencial del tema. (R.D.R.)

225. SOMMA, A.: «La valutazione del danno ambientale: rilevanza pubblica della lesione e categorie civilistiche», CI, 1995, n.º 2, págs. 524-544.

Carácter público del daño ambiental. El concepto de valor de uso. La valoración del daño ambiental en la jurisprudencia. La valoración equitativa del daño al ambiente. Las funciones de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El beneficio obtenido por el transgresor. (A.R.G.)

226. STEFFEN, E.: «Der normative Verkehrsunfallschaden», NJW, 1995, págs. 2057-2063.

Los daños normativos por accidentes de tráfico. El autor estudia la regulación normativa en materia de daños por accidentes de circulación y su corrección a través de diversos principios que tienden a hacerla compatible con la realidad del daño. (M.P.G.R.)

227. TAUPITZ, J.: «Ökonomische Analyse und Haftungsrecht -Eine Zwischenbilanz», ACP, 1996, págs. 114-167.

Desde mediados de los años sesenta, el análisis económico del Derecho intenta aplicar los resultados derivados del análisis económico a la solución de problemas jurídicos. Pretende ser la llave maestra que permite de forma racional y sencilla, y sin los límites fronterizos marcados por las distintas legislaciones nacionales, hallar el criterio adecuado para resolver la responsabilidad por daños medioambientales, la protección del consumidor o la cuantía de la indemnización por daños corporales. El autor, sin embargo, pone de relieve los reparos de esta concepción, las razones de su éxito en los Estados Unidos y la proyección que ha tenido en la jurisprudencia alemana; se duda de

su utilidad en la labor diaria de los jueces y se destaca la necesidad de señalar los límites que el propio análisis económico debe tener. (I.G.P.)

228. TEDESCHI, C.: «Sul divieto del patto leonino», *NGCC*, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1169-1173.

Comentario a Cass. 29-10-1994, n.º 8927 sobre la razón y el contenido de la prohibición. (A.R.G.)

229. TETI, Raffaele: «In tema di consegna nel mutuo», *BBTC*, 1996, I, parte seconda, págs. 45-51.

Anotaciones a la sentencia de la *Corte de Cassazione* de 15 de julio de 1994, n.º 6686, en materia de mutuo. Manteniendo el principio establecido en sentencias anteriores, declara que el depósito de la cosa atribuye al mutuuario la «disponibilidad jurídica» de la cosa mutuada. Se señala que a falta del establecimiento de un «destino convencional» de la cosa mutuada, nos encontramos ante un mutuo no perfecto, o un precontrato de mutuo con efectos obligatorios pero no reales. Problema entorno a la naturaleza del mutuo como contrato real o consensual y la contradicción que se deriva de los arts. 1813 y 1822 del C.c. (L.S.M.P.)

230. TIEDTKE, K.: «Leistungsstörung und Gewährleistung», *NJW*, 1995, págs. 3081-3085.

Incumplimiento y garantía de cumplimiento.

A la luz de un caso concreto de contrato de compraventa de un inmueble con pacto de transmisión aplazada de la propiedad, el autor plantea los problemas de relación entre las acciones de incumplimiento contractual y las acciones de garantía, al haberse destruido el inmueble a causa de un incendio antes de la llegada del término pactado. Las soluciones aportadas por las resoluciones de las diferentes instancias fueron en este punto contradictorias. (M.P.G.R.)

231. TIMM, W.: «Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung», *NJW*, 1995, págs. 3209-3218.

La capacidad jurídica de las sociedades civiles y su estatuto de responsabilidad. A la vista de una clara ausencia de norma legal en el BGB, según la cual la sociedad civil posee capacidad negocial y queda vinculada por los negocios, jurisprudencia y doctrina no han dudado en calificarla como auténtico sujeto de derechos. A esta situación dedica el trabajo reseñado una buena parte; la otra, a la situación de los socios en lo que atañe a su responsabilidad. (M.P.G.R.)

232. TRIOLA, R.: «Ancora in tema di ratifica di atto unilaterale posto in essere da falsus procurator -nota a Cass. 30 maggio 1995 n.º 6075», *GC*, 1995, n.º 11, págs. I, 2685-2687. (R.D.R.)

233. TRIOLA, R.: «Donazione nulla ed opponibilità dell'usucapione al legittimario -nota a Cass. 27 ottobre 1995 n.º 11203», *GC*, 1996, n.º 2, págs. I, 378-379. (R.D.R.)

234. TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di locazione di cosa comune - osservazione a Cass. 29 agosto 1995 n.º 9113», *GC*, 1995, n.º 11, págs. I, 2618-2619. (R.D.R.)

235. VALCAVI, G.: «Intorno al rapporto di causalità nel torto civile», RDC, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 481-493.

Reflexión en torno a la relación de causalidad en la responsabilidad civil, con aportaciones de opiniones doctrinales y jurisprudenciales. (R.D.R.)

236. VÉRON: «La saisie-vente de meubles situés au domicile commun du débiteur et d'un tiers», GP, 1996, n.º 63-65, pág. 5.

Nota a la sentencia del Tribunal de gran instancia de Alberville de 23 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

237. VIAL-PEDROLETTI: «La sanction par le juge du congé donné sans intention réelle de vendre», LC, 1995, n.º 12, págs. 1-2.

Comentario sobre el art. 15 de la ley de 6 de julio de 1989 y su aplicación jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

238. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1996, n.º 1, págs. 2-7.

Notas a diversas sentencias sobre la materia. Definición del contrato; renovación y tácita reconducción; obligación y finalización del contrato. (ARANDA/SIERRA)

239. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, n.º 13-14, págs. 5-9.

Notas a sentencias sobre formación del contrato; aplicación legal. Aplicación del C.c. en arrendamientos familiares. (ARANDA/SIERRA)

240. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, n.º 12, págs. 3-7.

Notas a sentencias sobre el derecho del juez de solicitar un perito por desalojo fraudulento; el concubinato como relación entre hombre y mujer para la subrogación, que no cabe en una relación homosexual; el art. 1751 C.c. no se aplica al arrendamiento de un local anexo destinado a la habitación de los hijos del locatario. (ARANDA/SIERRA)

241. VIDIRI, G.: «Vendita di titoli azionari, errore su qualità essenziale e presupposizione -nota a Cass. 29 agosto 1995 n.º 9067», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1053-1057. (R.D.R.)

242. WIEGAND, W./BRUNNER, Ch.: «Übersicherung und Freigabeanspruch», NJW, 1995, págs. 2513-2521.

El sistema alemán de seguros crediticios, con sus alambicados mecanismos legales, ha cobrado de nuevo actualidad a través del moderno desarrollo jurisprudencial. Los autores dan una panorámica sobre el estado de la cuestión y muestran las consecuencias prácticas. (M.P.G.R.)

243. ZAHRT, Ch.: «Die Rechtsprechung zu Aufklärungs- und Beratungspflichten vor Computer-Beschaffungen», NJW, 1995, págs. 1785-1788.

La jurisprudencia sobre los deberes de información y consejo en la adquisición de ordenadores. (M.P.G.R.)

244. ZÖLLNER, W.: «Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht», ACP, 1996, págs. 1-36.

El Tribunal Constitucional alemán ha recurrido a la aplicación directa de normas constitucionales en las que se establecen derechos fundamentales para fijar los límites de la autonomía privada. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de octubre de 1993, se declara la nulidad de un contrato de fianza con una argumentación basada en el art. 2 y el art. 20 de la GG (artículos que constituyen el reconocimiento constitucional de la autonomía privada y contienen la proclamación del Estado como Estado social). El autor muestra su disconformidad pues, a su juicio, las normas constitucionales frenan en todo caso la actividad del legislador que quiera cercenar la libertad contractual, mas no resultan aplicables de forma inmediata para resolver supuestas injusticias derivadas del contenido de un contrato en particular. Carecen de una función protectora en el ámbito contractual. Estas premisas le sirven además para exponer su tesis crítica acerca de la libertad contractual, sus presupuestos y el denominado «control de contenido». (I.G.P.)

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

245. ANNUNZIATA, M.: «In tema di distacchi tra costruzioni e aggravamento della servitù -nota a Cass. 20 marzo 1995 n.º 3804», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3018-3019. (R.D.R.)

246. ARCANGELI, C.: «In tema di “procedura tavolare”», FI, 1995, n.º 12, I, págs. 3573-3583.

Nota a App. Trento de 11 de abril de 1995 y Trib. Belluno de 22 de septiembre de 1994 en materia de registro. (A.R.G.)

247. ARCELLA, G.: «La polizza fideiussoria: natura giuridica e disciplina applicabile», GC, 1996, n.º 1, págs. II, 3-10.

Análisis de la póliza fideiusoria como nueva forma de garantía sustitutiva de la caución real, y el problema de su regulación. (R.D.R.)

248. BARBUTO, M.: «Brevetto europeo, contraffazione e inibitoria. Una gara sul tempo fra opposizione all'U.E.B., pubblicazione del nuovo testo «in forma modificata» e giudizio cautelare - nota a Trib. Monza 10 maggio 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 241-250. (R.D.R.)

249. BITAN: «Les rapports de force entre la technologie du multimédia et le droit», GP, 1996, n.º 26-27, págs. 10-17.

El contenido artístico de la obra multimedia. La protección de la obra multimedia por el derecho de autor. (ARANDA/SIERRA)

250. BUCCINI, R.: «La disciplina attuale del diritto d'autore. Le associazioni senza fine di lucro e la concorrenza sleale -nota ad App. Milano 3 marzo 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 207-216. (R.D.R.)

251. CASSANDRO SULPASSO, B.: *La réification de la créance in diritto francese», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 533-549.*

Comentario acerca de la figura del crédito, en el que se considera a éste como un bien susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad, posesión, garantía, cesión, etc. (R.D.R.)

252. CAVANNA, I.: *«Gravi difetti di costruzione dell' edificio condominiale, danni a porzioni di proprietà esclusiva e ruolo dell'amministratore». NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 25-27.*

Comentario a Cass. 23-3-1995, n.º 3366 respecto a los graves defectos de construcción en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal tanto en las partes privativas del mismo como en las comunes. (A.R.G.)

253. CENNI, D.: *«La trascrizione degli atti interruttivi dell'usucapione di diritti reali limitati», NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 125-128.*

Comentario a Cass. 23-12-1994, n.º 11124 sobre la inscripción de los actos de interrupción de la usucapión de los derechos reales limitados del artículo 2653 n.º 5 del código civil. (A.R.G.)

254. CHINDEMI, D.: *«Tutela della proprietà intellettuale», NGCC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 369-380.*

Artículo dedicado a la materia objeto de tutela: títulos de obras, arte aplicado a la industria, periódicos, revistas, fotografías, obras musicales, teledifusión, *software*. (A.R.G.)

255. COLLOVÁ, T.: *«La chanson française all'assemblee nationale. Questioni di tutela sempre vive: dal rapporto Sevrán al rapporto Muselier, dal rapporto Hirsch alle quote di contingentamento in radiofonia», Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 525-556. (A.R.G.)*

256. CORDELIER: *«Réflexions prospectives sur le délaissement», GP, 1996, n.º 91-93, págs. 18-22.*

Consideraciones sobre el abandono de la propiedad inmobiliaria. (ARANDA/SIERRA)

257. DE GIORGI, M. V.: *«Nota a App. Milano, 28-2-1995», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 955-958.*

Comentario a tal sentencia en materia de derecho de propiedad y juicio de tolerancia de las inmisiones. (A.R.G.)

258. DEMNARD-TELLER: *«Le projet de loi sur les autoroutes de l'information», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 23-25.*

Proyecto de 15 de noviembre de 1995, discutido en la asamblea nacional de 30 de enero de 1996 sobre procedimiento de autorización para la desregularización. Comienzo de la televisión interactiva. (ARANDA/SIERRA)

259. EDELMANN: «La représentation d'une oeuvre artistique dans une oeuvre audiovisuelle», RDS, 1996, n.º 1, págs. jur. 4-8.

Nota a las sentencias de casación civil, primera, de 4 de julio de 1995 sobre el derecho de reproducción de una obra literaria en una obra audiovisual. Licitud. (ARANDA/SIERRA)

260. EDELMANN: «Droit moral et non-exploitation d'une oeuvre audiovisuelle», RDS, 1996, n.º 8, págs. jur. 114-117.

Nota a casación civil, primera, de 10 de mayo de 1995 sobre la coautoría de la obra audiovisual. No explotación de la obra. (ARANDA/SIERRA)

261. EDELMANN: «Le restaurateur d'une oeuvre est-il un auteur?», RDS, 1996, n.º 4, págs. jur. 53-56.

Comentario a la Corte de apelación de París de 5 de octubre de 1994 sobre diferencias entre creación de una obra nueva y su restauración. Derechos pecuniarios. Exclusión del derecho moral de autor al restaurador. (ARANDA/SIERRA)

262. EDELMANN: «L'arrêt Magill: une révolution? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995)», RDS, 1996, n.º 15, págs. chr. 119-125.

A propósito de una decisión de justicia de la corte europea sobre emisión de programas de televisión. Empresa Magill TV vide LTD. (ARANDA/SIERRA)

263. FABIANI, M.: «Il Forum mondiale di Napoli sulla tutela delle creazioni intellettuali nella società dell'informazione», Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 485-494.

Desarrollo de la protección de las obras del ingenio y de la creatividad en la nueva sociedad de la información. (A.R.G.)

264. FUSARO, A.: «Una pronuncia in tema di multiproprietà»; NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 952-954.

Comentario a Trib. Chiavari 3-9-1993 respecto a la naturaleza de la multipropiedad. (A.R.G.)

265. GABRIELLI, Enrico: «I negozi costitutivi di garanzie reali», BBTC, 1996, II, parte prima, págs. 149-193.

Sobre la prenda, su negocio constitutivo, las condiciones para la eficacia del derecho de prelación, los tipos de prenda en concreto, la prenda de créditos y otros derechos. La segunda parte del artículo se centra en el estudio de la hipoteca, su negocio constitutivo, el título hipotecario, el derecho a la inscripción de la hipoteca, tipos, características y objetos susceptibles de hipoteca. (L.S.M.P.)

266. GALLI, C.: «Attuazione della direttiva n.º 89/104/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988, recante ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa», NLCC, 1995, n.º 6, págs. 1133-1229.

Extenso comentario sobre la reforma de la legislación sobre marcas, en aplicación de la Directiva de 21 de diciembre de 1988: la modificación del R.D. 21 giugno 1942, n.º 929, por el D.L. 4 dicembre 1992, n.º 480.

Se hace especial referencia a la extensión del ámbito de tutela de las marcas, diferenciando aquellas que gozan de especial relevancia o renombre y las ordinarias; así como a la inscripción registral, en relación a sus efectos, según las circunstancias de acceso al Registro (mala fe, etc.).

Medios de defensa y sanciones por el uso fraudulento de la marca y violaciones del contrato de licencia.

Vicisitudes del derecho de marca: ineficacia sobrevenida y diferentes causas de extinción. (R.D.R.)

267. GALLO, P.: «Immissioni, usi incompatibili e problemi di allocazione di risorse scarse», RDC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 657-693.

Acercamiento al problema de los límites al ejercicio del derecho de propiedad y las soluciones a las intromisiones, usos incompatibles y utilización y atribución de recursos escasos. (R.D.R.)

268. GALLOUX: «La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Conventions sur les Brevets européens», RDS, n.º 3, págs. jur. 44-48.

Notas sobre la decisión de la oficina europea de patentes de 8 de diciembre de 1994: Aislar y caracterizar un fragmento de ADN de la vida humana no es un descubrimiento. (ARANDA/SIERRA)

269. GIACOBBE, G.: «Brevi spunti di riflessione in tema di procedimento possessorio e qualificazione della turbativa - nota a Trib. Chiavari 31 agosto 1995 (ord.) e Pret. Chiavari, sez. dist. Rapallo, 7 luglio 1995 (ord.)», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 220-222. (R.D.R.)

270. GIVERDON: «Incidences de l'article 32, alinéa 3, de la loi n.º 91-650 du 9 juillet 1991 sur la clause vité d'aggravation des charges stipulée dans un règlement de copropriété», RDS, 1996, n.º 6, págs. jur. 90-92.

Nota a la corte de apelación de París de 23 de mayo de 1995 sobre cargas impagadas. Cláusula de agravación de gastos. Ejecución forzosa. (ARANDA/SIERRA)

271. GIZARDIN: «Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de París, sección 1.ª A, de 20 de septiembre de 1995», GP, 1996, n.º 40-41, págs. 17-19.

Notas a la citada sentencia sobre los derechos de autor. Emisiones de televisión. (ARANDA/SIERRA)

272. GIZARDIN: «Droits d'auteur. Télévision et hôtel», GP, 1996, n.º 40-41, págs. 17-19.

La propiedad literaria y artística. Emisión por televisión. Sociedad hotelera que ofrece a su clientela la posibilidad de captar en las habitaciones una emisora americana. (ARANDA/SIERRA)

273. GOTTARDO, G.: «Sulla possibilità di ravvisare la costituzione di una servitù di uso pubblico mediante la cosiddetta dicatio ad patriam sebbene le parti abbiano stipulato un contratto preliminare», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1011-1016.

Comentario a App. Catania 9-2-1995 en materia de servidumbres de utilidad pública. (A.R.G.)

274. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, L.: «Impegno alla eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto - nota a Cass. 26 giugno 1995 n.º 7216», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1062-1068. (R.D.R.)

275. HASSLER: «Droit de l'audiovisuelle», R.D.S., 1996, n.º 8, págs. 70-72.

Comentarios a diversas sentencias de los tribunales franceses en el tema. (ARANDA/SIERRA)

276. HASSLER: «Droit de l'audiovisuel», RDS, 1996, n.º 9, págs. 73-76.

Nota a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

277. JEAN-PIERRE: «Un "pas de deux" entre le Conseil d'État et le Conseil Supérieur de l'Audiovisuelle: la liquidation d'astreinte et a terme d'une procédure de référé audiovisuelle», RDS, 1996, n.º 11, págs. jur. 149-152.

Nota a la resolución del Consejo de Estado de 8 de abril de 1994 sobre radiodifusión televisiva. Mensajes publicitarios y su duración. (ARANDA/SIERRA)

278. LE TARNEC: «Propriété intellectuelle», GP, 1996, n.º 75-76, págs. 2-21.

Comentarios a diversas sentencias en materia de patentes de invención; marcas; diseños y modelos; propiedad literaria y artística y competencia desleal. (ARANDA/SIERRA)

279. LEGE, J.: «Der Rechtsweg bei Entschädigung für enteignende Wirkungen», NJW, 1995, págs. 2745-2749.

Entre el Tribunal Supremo del orden civil (BGH) y el del orden administrativo (BVerwG) existe una clara discrepancia en una cuestión fundamental: ambos tribunales se declaran competentes cuando se trata de una demanda de indemnización que el legislador ha previsto en el campo de los llamados deberes de compensación por el contenido de la propiedad. La siguiente contribución esboza esta problemática y se adhiere al criterio del BVerwG. (M.P.G.R.)

280. LEROY: «Référé et actions possessoires», RDS, 1996, n.º 14, págs. jur. 193-196.

Nota a la sentencia de casación civil, 3.ª, de 22 de marzo de 1995 sobre derecho de paso. Garaje. Ejercicio y acciones posesoras. (ARANDA/SIERRA)

281. LIET-VEAUX: «De la définition préalable des espaces proches des viages», RDS, 1996, n.º 12, págs. jur. 161-162.

Nota a la decisión del Consejo de Estado de 4 de enero de 1995. Urbanismo, ocupación del suelo, y revisión del plan. (ARANDA/SIERRA)

282. LOUISE/CLAUDE: «Payement et consignation», GP, 1996, n.º 91-93, págs. 15-18.

Pago de la indemnización por expropiación y su consignación. (ARANDA/SIERRA)

283. M. R.: «Construction et urbanisme», GP, 1996, n.º 38-39, págs. 13-17.

Nota a la sentencia de casación criminal de 14 de diciembre de 1994 sobre urbanismo. Infracción de la legislación sobre permisos de construcción. Ejecución de la obra y mecanismos de permiso. Demolición. (ARANDA/SIERRA)

284. MAMELI, B.: «Brevi cenni sulla nascita del diritto al risarcimento in materia di espropriazione e sul soggetto tenuto a corrisponderlo -nota a Cass., sez. un., 20 ottobre 1995 n.º 10992», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1035-1043. (R.D.R.)

285. MARCONNET: «Evaluations dominiales», GP, 1996, n.º 91-93, págs. 11-13.

Estimación del dominio. Art. 13,7.º del Código de la expropiación. (ARANDA/SIERRA)

286. MARTIN: «De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)», RDS, 1996, n.º 17, págs. chr. 47-52.

Escrituración de los valores mobiliarios. Su consideración como cosas muebles. La prueba en la prenda. (ARANDA/SIERRA)

287. MASSON: «Le multimédia et le droit au Japon», GP, 1996, n.º 26-17, págs. 18-21.

La exposición de 1994 en punto de partida. Las relaciones de noviembre de 1993 a febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

288. MENESINI, V.: «Finalmente riconosciuta in ambito universitario la creatività delle tesi di laurea e dei corsi di insegnamento? No, Sì, Ni, No! E il tormentone perugino della creatività continua», Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 569-576.

Tesis de licenciatura y lecciones universitarias como objeto de la propiedad intelectual. (A.R.G.)

289. MONNOSI, A.: «Il pignoramento mobiliare e la prova dell'affidamento del bene al debitore nell'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. -nota a Trib. Lucca 27 gennaio 1995», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 252-254. (R.D.R.)

290. MORAND: «Copropriété», GP, 1996, n.º 38-39, págs. 17-19.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, tercera de 5 de octubre de 1994 sobre elementos privativos. División del terreno. Posibilidades de construcción, destino del inmueble, etc. (ARANDA/SIERRA)

291. MORET: «Les procédures de délaissement», GP, 1996, n.º 91-93, págs. 22-24.

Actos del propietario que implican abandono de la cosa. (ARANDA/SIERRA)

292. MOUSSERON/CEIPI: «Brevets d'invention», RDS, 1996, n.º 2, págs. 17-22.

Nota a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

293. NAUMANN: «Commentaire sur la marque communautaire», GP, 1996, n.º 66-67, págs. 2-3.

El depositante de una marca comunitaria. La protección de una marca comunitaria y su depósito. (ARANDA/SIERRA)

294. PAOLINI, T.: «Ancora sulle aree di parcheggio -nota a Cass. 11 marzo 1995 n.º 2858», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 841-844. (R.D.R.)

295. PAYEN: «Lexpropriation indirecte», GP, 1996, n.º 91-93, págs. 9-10.

Implantación en el terreno privado de una obra pública jurídicamente indestructible. (ARANDA/SIERRA)

296. PEISSE: «Construction et urbanisme», GP, 1996, n.º 145-16, págs. 8-9.

Notas a las sentencias de Casación civil, sección 3.ª, de 6 de julio y 20 de diciembre de 1994 sobre construcción y urbanismo. (ARANDA/SIERRA)

297. PRADI, A.: «Immissioni», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 589-606.

Información sobre la posición de la doctrina y jurisprudencia respecto a la interpretación y aplicación del art. 844 C.c., en tema de intromisiones en el ejercicio del derecho de propiedad.

Los problemas o situaciones surgidas por razón de las relaciones de vecindad, usos incompatibles, utilización de recursos escasos por consocios, etc. (R.D.R.)

298. PRÉVAULT: «L'utilisation d'une procédure irrégulière et trop lourde pour recouvert une créance minime constitue un abus de droit», RDS, 1996, n.º 14, págs. jur. 203.

Nota a la corte de apelación de París de 7 de diciembre de 1995, sobre embargo y medidas de conservación. Gastos y abuso de derecho. (ARANDA/SIERRA)

299. REGOLI, F. P.: «La S.I.A.E. esercita un'attività industriale?», Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 515-524.

Estudio pormenorizado sobre la actividad llevada a cabo por la sociedad italiana de autores europeos. (A.R.G.)

300. ROBERT: «Que recouvre l'expression meubles meublants (art. 534 du Code civil)?», RDS, 1996, n.º 3, págs. jur. 33-35.

Nota a la sentencia de casación comercial de 17 de octubre de 1995 sobre la aplicación del art. 534 del C.c. (ARANDA/SIERRA)

301. ROBERT: «Biens et droits réels», RDS, 1996, n.º 7, págs. 55-62.

Comentarios a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

302. RUSQUET: «Saisie immobilière», GP, 1996, n.º 108-109, pág. 16.

Nota a la sentencia de casación civil, segunda, de 1 de marzo de 1995 sobre procedimiento civil. Excepción y fines de inadmisión de pruebas en la fase de casación. (ARANDA/SIERRA)

303. SALUDEN: «Nota a la sentencia de la corte de casación civil de 25 de enero de 1994», GP, 1996, n.º 7-9, págs. 31-34.

Nota a la sentencia citada sobre copropiedad. Reponsabilidad de los comuneros. (ARANDA/SIERRA)

304. SARTI, D.: «Nuove norme sul procedimento di concessione di licenza obbligatoria di brevetto», NLCC, 1996, n.º 1, págs. 87-92.

Acercamiento al procedimiento de concesión de licencia obligatoria de patentes, con ocasión de las modificaciones aportadas por el d.p.r. 18 aprile 1994, n.º 360. (R.D.R.)

305. SAVINI, A.: «Pubblicità ingannevole e vendite per corrispondenza». Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 626-631.

Artículo que aborda los poderes de la autoridad que garantiza la competencia y el mercado en materia de represión de la publicidad engañosa. (A.R.G.)

306. SAVINI, A.: «Dibattimento penale in T.V. e diritto al ritratto dello spettatore», Dir. Aut., 1995, n.º 4, págs. 588-599.

Debates sobre el proceso penal y transmisiones televisivas de información cultural. (A.R.G.)

307. SCHENKE, W.R.: «Der Rechtsweg für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums», NJW, 1995, págs. 3145-3152.

La vía para la interposición de reclamaciones indemnizatorias en el marco de la vinculación social de la propiedad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la función social de la propiedad no sólo ha afectado a los aspectos sustantivos, sino también y de forma importante, a los procesales. El autor ratifica la práctica del BGH en torno a la competencia de los tribunales ordinarios; solución de *lege lata* que no deja de plantear problemas, que a su juicio son corregibles mediante modificación legal y no a través de la jurisprudencia de los tribunales administrativos. (M.P.G.R.)

308. SERICK, R.: «Formularverträge und Mobiliarsicherheiten mit Freigabeklauseln in hochstrichterlicher Rechtsprechung: Vereinbartes Gewohnheits- oder kautelarisches Kreditsicherungsrecht?», BB, 1995, págs. 2013-2024.

Contratos de adhesión y garantías mobiliarias con cláusula de restitución en la jurisprudencia. ¿Costumbre pactada o derecho de garantía crediticia? (M.P.G.R.)

309. SIRAT: «Expropriation et urbanisme», 1996, n.º 91-93, págs. 13-15.

Derecho de expropiación como auxiliar del derecho urbanístico. (ARANDA/SIERRA)

310. TRIOLA, R.: «Donazione nulla ed opponibilità dell'usucapione al legittimario -nota a Cass. 27 ottobre 1995 n.º 11203», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 378-379. (R.D.R.)

311. TULLIO, A.: «In tema di estensione degli effetti dell'iscrizione ipotecaria agli interessi -nota a Cass. 7 aprile 1995 n.º 4069», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3012-3015. (R.D.R.)

312. VIGNERON: «Privilège immobilier et hypothèque légale du syndicat: une complémentarité», LC, 1996, n.º 1, págs. 1-2.

Pago de cargas comunes, arts. 2102 y 2103 del C.c. y art. 19 de la ley de 21 de julio de 1994 n.º 94/624. (ARANDA/SIERRA)

313. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1996, n.º 1, págs. 14-17.

Notas a sentencias en la materia, en especial sobre el campo de aplicación del estatuto; ley transitoria; retracto de comuneros. (ARANDA/SIERRA)

314. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, n.º 13-14, págs. 16-20.

Notas a sentencias sobre asambleas generales, trabajos realizados entre los copropietarios e infracción de reglamentos. (ARANDA/SIERRA)

315. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, n.º 12, págs. 12-16.

Derecho de los copropietarios sobre las partes privadas. Uso de garajes. Cambio de afectación, cargas comunes. (ARANDA/SIERRA)

6. DERECHO DE FAMILIA

316. AA.VV.: «Su alcuni problemi di madri e gestanti in difficoltà e sulla prevenzione dell'abbandono dei neonati», DFP, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1643-1657.

Derecho de la mujer a la libertad de reconocimiento de la filiación, al secreto del parto, a la información. Derecho del nacido a la familia. Problemas psicológicos derivados del abandono. (A.R.G.)

317. ALÙ, G.: «L'irretroattività della norma nell'applicazione della legge n.º 151 del 1975 -nota a Cass. 17 marzo 1995 n.º 3087», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 524-526. (R.D.R.)

318. ARRIGO, T.: «Contratto preliminare e comunione legale: applicabilità dei principi generali al sistema dei rapporti patrimoniali dei coniugi», NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 30-37.

Comentario a Cass. 7-4-1995, n.º 4063 sobre la promesa de venta de un inmueble bajo el régimen de gananciales estipulada por uno solo de los cónyuges. (A.R.G.)

319. BPTD.: «Nota a App. Brescia, 3-8-1995», NGCC, 1995, n.º 5 parte prima, págs. 817-818.

Comentario a dicha sentencia respecto a la adopción de menores extranjeros en estado de abandono en Italia. (A.R.G.)

320. BLARY-CLÉMENT: «Droit du divorce», RDS, 1996, n.º 8, págs. 63-69.

Comentarios a diversas sentencias de los tribunales franceses en materia de divorcio. (ARANDA/SIERRA)

321. BOULANGER: «Le rapport entre contrat de mariage et acte de mariage célébré in extremis», RDS, 1996, n.º 17, págs. jur. 233-235.

Contrato de matrimonio. Nulidad relativa. Error en la persona. Comentario a la sentencia de casación civil, primera, de 4 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

322. BOULANGER: «La nullité d'un mariage polygamique et ses conséquences», DS, 1996, n.º 11, págs. jur. 156-160.

Nota a corte de apelación de París de 14 de junio de 1995 sobre bigamia. Nulidad de matrimonio extranjero. Conflicto de leyes. Matrimonio y divorcio. (ARANDA/SIERRA)

323. BUSNELLI, F.D.: «Summum ius summa iniuria?», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 814-816.

Nota a App. Brescia 16-1-1995 con referencia a la adopción de menores extranjeros en estado de abandono en Italia. (A.R.G.)

324. BUZZELLI, D.: «Contratto di transazione e rapporti di famiglia», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 884-888.

Comentario a Cass. 12-5-1994 sobre la admisión del recurso a la transacción en la disciplina de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. (A.R.G.)

325. CAHEN: «Quelques reflexions sur le divorce et la prestation compensatoire», GP, 1996, n.º 47-48, pág. 7.

Breve reflexión sobre los 20 años de aplicación de la Ley del divorcio. (ARANDA/SIERRA)

326. CANNICO, M.: «L'applicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», DFP, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 314-325.

Artículo dedicado a los efectos civiles del matrimonio canónico. (A.R.G.)

327. CARAVAGLIOS, R.: «Inapplicabilità della presunzione muciana in regime di separazione dei beni: la Cassazione si é pronunciata», *FI*, 1996, n.º 4, I, págs. 1197-1206.

Nota a Cass. de 18 de marzo de 1996, n.º 2272 en materia de régimen económico-matrimonial de los cónyuges. (A.R.G.)

328. CASELLA, G.: «Il problema della decorrenza dell'assegno di divorzio alla luce della riforma del 1987», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 68-73.

Comentario a Cass. 11-10-1994, n.º 8288 sobre las crisis familiares. (A.R.G.)

329. CATENACCI, S.: «Sui presupposti della assegnazione della pensione di reversibilità al coniuge divorziato», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 79-83.

Comentario a Cass. 12-11-1994, n.º 9528 sobre la evolución legislativa que ha habido en esta materia. (A.R.G.)

330. CHADELAT: «La physionomie nouvelle du droit de la famille», *GP*, 1996, n.º 47-48, págs. 3-6.

Aborda la problemática de la diversificación de los modelos de familia y la confrontación de la familia con el contexto económico-social. (ARANDA/SIERRA)

331. CIPRIANI, F.: «Sulla pronuncia della separazione con sentenza non definitiva -nota a Trib. Reggio Emilia 10 luglio 1995», *GC*, 1996, n.º 2, págs. I, 529-530. (R.D.R.)

332. CONTE, M.: «Impugnazioni tardive e formazione del giudicato nella fattispecie prevista dall'art. 327, comma 2 c.p.c.», *DFP*, 1995, n.º 4, parte prima, págs. 1361-1369.

Comentario a Corte Cass. 4 de noviembre de 1994 n.º 9087 sobre nulidad del matrimonio. (A.R.G.)

333. COUCELLE: «Le couple, le temps et l'argent», *GP*, 1996, n.º 47-48, págs. 8-9.

El tiempo y el dinero en el procedimiento de divorcio. (ARANDA/SIERRA)

334. CRISTIANI, F.: «Sull'adozione da parte del singolo», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 5-9.

Comentario a Cass. 21-7-1995, n.º 7950 en materia de adopción por parte de una sola persona. (A.R.G.)

335. DERRIDÁ: «À propos de la "faillité" d'une banque: nouveau dévoilement», *RDS*, 1996, n.º 1, págs. chr. 7-8.

Estudios a propósito de la sentencia del tribunal de comercio de París de 22 de enero de 1991. (ARANDA/SIERRA)

336. DITTA, E.: «Autonomia della domanda di separazione dei coniugi rispetto alla domanda di addebito e ammissibilità della sentenza non definitiva di separazione», NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 90-95.

Comentario a Trib. Milano 29-9-1994 en materia de separación conyugal. (A.R.G.)

337. DOGLIOTTI, M.: «Esiste un diritto alla salute degli anziani non autosufficienti? - nota a Trib. Torino 12 agosto 1994», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3149-3155. (R.D.R.)

338. FREZZA, G.: «L'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario nella separazione e nel divorzio - nota a Cass., sez. un., 28 ottobre 1995 n.º 11297», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 725-733. (R.D.R.)

339. FREZZA, G.: «Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio», DFP, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 13-36.

Comentario a Corte Cost. de 17 de marzo de 1995, n.º 87 sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges. (A.R.G.)

340. FRONTINI, G.: «Rappresentanza di società per azioni in liquidazione e legittimazione per la proposta di concordato fallimentare - nota a Cass. 8 giugno 1995 n.º 6485», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 439-442. (R.D.R.)

341. GALUPPI, G./GRASSO, L.: «Il caso di Lazzaro: l'adozione da parte del single. Riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto», DFP, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 207-234.

Estudio de la adopción por una sola persona desde dos perspectivas diversas: la del psicólogo y la del juez. (A.R.G.)

342. GERMANÓ, A.: «L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983 n.º 184 alla Convenzione de l'Aja del 29 maggio 1993», DFP, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1567-1591.

Artículo que aborda el tema de la adopción de un menor extranjero por ciudadanos italianos. (A.R.G.)

343. GIUGLIANO, M. R.: «La qualificazione giuridica del lavoro casalingo nell'ambito dell'impresa familiare», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1043-1048.

Comentario a Cass. 4-1-1995, n.º 89 en relación al régimen patrimonial de los cónyuges. (A.R.G.)

344. GORNY: «Réflexions sur quelques questions en droit de la famille», GP, 1996, n.º 47-48, págs. 20-22.

La autoridad parental en la familia natural. La escucha del menor en procedimientos judiciales. El reconocimiento de la pensión de alimentos: la insuficiencia de la ley. (ARANDA/SIERRA)

345. GRANET-LAMBRECHTS: «Droit de la filiation», RDS, 1996, n.º 17, págs. 151-158.

Comentario a varias sentencias sobre filiación natural y adopción. (ARANDA/SIERRA)

346. GRANET-LAMBRECHTS: «Droit de la filiation», RDS, 1996, n.º 16, págs. 147-150.

Comentario a diversas sentencias sobre filiación legítima. (ARANDA/SIERRA)

347. GUINERET Y OTROS: «Solidarité conjugale, emprunt et achat à tempérament: l'alinéa 3 de l'article 220 du Code civil clarifié», RDS, 1996, n.º 8, págs. jur. 117-120.

Observación a la sentencia de casación civil, primera, de 12 de julio de 1994 sobre efectos del matrimonio. Venta y préstamo. Exclusión del art. 220 del Cc. (ARANDA/SIERRA)

348. KARILA: «Rapport du professeur Jean François Mattell sur l'adoption», GP, 1996, n.º 47-48, págs. 23-24.

Breve reflexión sobre algunos temas de adopción. (ARANDA/SIERRA)

349. KROSS: «Le juge aux affaires familiales et le médecin: alliance ou messagiance» GP, 1996, n.º 47-48, págs. 10-13.

Las relaciones entre los miembros de la familia y el interés del hijo: su educación. (ARANDA/SIERRA)

350. LACROCE, L.: «Le sentenze del contrappasso: in tema di legittimazione ad agire nel giudizio di "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche. (Dall'Accordo del 1984 alla riforma delle norme sulla delibazione) - nota Cass. 10 marzo 1995 n.º 2787», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1127-1133. (R.D.R.)

351. LARRIBAU-TERNEYRE: «Où la portée de l'irrevocabilité de l'adoption plénière suscite encore des difficultés: pour ou contre lo recours en révision?», RDS, 1996, n.º 15, págs. jur. 214-216.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Pau de 26 de junio de 1995 sobre la adopción plena. Irrevocabilidad. Edad del adoptante y del adoptado. (ARANDA/SIERRA)

352. LINS E SILVA: «Le droit médical et le droit de la famille», GP, 1996, n.º 47-48, págs. 17-18.

El derecho médico, las ciencias psicológicas y el Derecho de familia. El derecho médico, la bioética y el Derecho de familia. (ARANDA/SIERRA)

353. LO CASCIO, G.: «Il concetto di "meritevolezza" dell'imprenditore nel giudizio di ammissione all'amministrazione controllata - nota a Cass. 21 ottobre 1995 n.º 10989», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 394-398. (R.D.R.)

354. MAESTRONI, I.: «Il seminario pavese su famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 691-695.

Noticia informativa sobre el seminario celebrado en Pavia, en materia de Derecho de familia, desde la reforma de mayo de 1975. (R.D.R.)

355. MANERA, G.: «Osservazione in tema di fecondazione artificiale o procreazione assistita», GC, 1996, n.º 1, págs. II, 11-18.

Observaciones en torno al problema de la inseminación artificial, tras el conocimiento de la posibilidad de crear híbridos hombre-simio. El freno a la manipulación genética mediante una adecuada regulación y código deontológico. (R.D.R.)

356. MANERA, G.: «L'affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma», DFP, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 235-303. (A.R.G.)

357. MANTOVANI, M.: «Corte costituzionale 6 luglio 1994, n.º 278 (Ancora sull'ordine giudiziale di pagamento)», NLCC, 1996, n.º 1, págs. 103-110.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 6 de julio de 1994, sobre pensión compensatoria y de alimentos en un proceso de separación matrimonial. (R.D.R.)

358. MARINELLI, F.: «Assegnazione della casa familiare e affidamento dei figli - nota a Cass., sez., un., 28 ottobre 1995 n.º 11297», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 56-59. (R.D.R.)

359. MASSIP: «L'expertise sanguine, moyen de preuve des relations intimes, pendant la période légale de la conception, entre la mere d'un enfant et le défendeur à une action à fins de subsides», RDS, 1996, n.º 8, págs. jur. 111-113.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 14 de febrero de 1995. Filiación natural. Prueba de relaciones íntimas durante el periodo legal de concepción. Análisis de sangre. (ARANDA/SIERRA)

360. MASSIP: «Possibilité, pour les ayants cause universelles de poursuivre l'action par laquelle leur auteurs contestait la decision ouvrant sa curatelle», RDS, 1996, n.º 11, págs. jur. 152153.

Nota a casación civil, 1.ª, de 14 de febrero de 1995 sobre herederos del titular de una acción. Administración legal y tutela. (ARANDA/SIERRA)

361. MASSIP: «L'autorité de chose jugée attachée aux décisions rendues en matière de subsides», RDS, 1996, n.º 4, págs. jur. 49-50.

Comentario a la sentencia de casación civil, primera, de 4 de enero de 1995 sobre filiación natural. Reconocimiento de la paternidad y prueba. (ARANDA/SIERRA)

362. MORTAROTTI PETAZZI, E.: «Opportunità e legittimità», DFP, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 132-137.

Observaciones al decreto de la Corte App. Génova de 6 de julio de 1995 sobre diversas cuestiones relacionadas con la separación de los cónyuges y la normativa relativa a los hijos. (A.R.G.)

363. PICCININI, S.: «Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità», GC, 1995, n.º 12, págs. II, 543-555.

Acercamiento al complejo tema de la fecundación artificial, en relación con la posibilidad del marido de negar su paternidad. Efectos. (R.D.R.)

364. PIETRANGELI, F.: «L'adozione del singolo, la convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 e la legislazione vigente: critica ad una recente sentenza della Corte di cassazione», FI, 1996, n.º 2, I, págs. 628-638.

Nota a Cass. de 21 de julio de 1995 n.º 7950 en materia de adopción por una sola persona. (A.R.G.)

365. POLETTI DI TEODORO, B.: «Verso un "lieto fine" la drammatica avventura di Deodatus», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 808-814.

Comentario a App. Brescia 16-1-1995 en materia de adopción de un menor extranjero en estado de abandono en Italia. (A.R.G.)

366. PRÉVAULT: «La mention "bon pour consentement" apposée et signée par l'épouse sur un acte de cautionnement signé du mari engagé les biens de la communauté» RDS, 1996 n.º 19, págs. jur. 270-271.

Nota de la sentencia del Tribunal de Gran instancia de Lión de 7 de noviembre de 1995 sobre validez entre esposos de una fianza consentida por ambos. Comunidad. Hipoteca judicial con bienes de valor muy superior al préstamo. (ARANDA/SIERRA)

367. PULIDORI, S.: «Forte come la morte: note di principio su un'ordinanza», DFP, 1995, n.º 4, parte prima, págs. 1467-1474.

Comentario a la *ordinanza istruttoria* de 23 de julio de 1994 del Tribunal de Verona sobre la muerte de un cónyuge mientras está pendiente el procedimiento de separación o divorcio. (A.R.G.)

368. QUADRI, E.: «Giudicato di separazione e divorzio», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 917-919.

Comentario a Cass. 9-3-1995, n.º 2725 en materia de relaciones entre el juicio de separación y el proceso de divorcio. (A.R.G.)

369. REGINE, F.: «Questioni in tema di contratto preliminare e comunione legale», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 897-904.

Comentario a Cass. 17-12-1994, n.º 10872 y a Cass. 27-1-1995, n.º 987 sobre contrato preliminar de venta de un bien inmueble sujeto al régimen de sociedad de ganancias estipulado por un cónyuge sin el consentimiento del otro. (A.R.G.)

370. REGINE, F.: «Regime degli atti dispositivi di beni immobili in comunione legale compiuti da uno solo dei coniugi», NGCC, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1053-1057.

Comentario a Cass. 2-2-1995, n.º 1252 sobre régimen económico-matrimonial y actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro. (A.R.G.)

371. SALA, M.: «Accordi successivi all'omologazione della separazione ed autonomia negoziale dei coniugi», DFP, 1995, n.º 4, parte prima, págs. 1488-1501.

Comentario al decreto del Trib. Marsala de 23 de diciembre de 1994 respecto al reconocimiento de la autonomía negocial de los cónyuges con ocasión de la separación consensual. (A.R.G.)

372. SALGO, L.: «Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann», NJW, 1995, págs. 2129-2134.

La posición del padre en la adopción de su hijo extramatrimonial por la madre y el marido de ésta.

El artículo analiza las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7 de marzo de 1995, en la que consideró inconstitucional la vigente posición legal del padre en el procedimiento de adopción de su hijo extramatrimonial por la madre y por el marido de ésta. Se muestran los efectos de esta decisión en el contexto de la reforma global del derecho de la filiación en Alemania. (M.P.G.R.)

373. SCHWENZER, I.: «Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht», ACP, 1996, págs. 88-113.

La libertad de pactos en el Derecho matrimonial y en la regulación de las consecuencias del divorcio.

Los cónyuges gozan de amplia libertad para celebrar capitulaciones, antes o después del matrimonio, con posibilidad de elegir entre varios regímenes matrimoniales o simplemente introducir modificaciones en el régimen legal supletorio. También se respeta su autonomía en lo referente a cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio. El estudio se centra en los límites que el legislador ha establecido en este ámbito, límites que el autor considera insuficientes, siendo, en su opinión, la mujer la perjudicada en la mayoría de los casos. Propone, en consecuencia, diversos cauces para corregir este desequilibrio: exigir la observancia de reglas formales que requieran la intervención notarial; excluir simplemente la libre configuración del contenido de los acuerdos o acentuar el control judicial de los pactos referentes a tales materias. (I.G.P.)

374. SETTESOLDI, R.: «Osservazioni in tema di adozione prenatale», GC, 1996, n.º 3, págs. II, 111-125.

Reflexiones sobre la figura de la adopción prenatal, como alternativa a la interrupción del embarazo. (R.D.R.)

375. SINAGRA, A.: «I rapporti di famiglia nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale», DFP, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1539-1566. (A.R.G.)

376. THIERRY: «La renonciation de la femme à la communauté droit-elle faire l'objet d'une publicité foncière?», RDS, 1996, n.º 18, págs. jur. 245-247.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 9 de enero de 1996 sobre la disolución de la comunidad matrimonial. Atribución retroactiva. Oponibilidad. (ARAN-DA/SIERRA)

377. TONIOLLI, L.: «Notazioni critiche sull'art. 151, comma 1 c.c.», DFP, 1995, n.º 4, parte seconda, págs. 1628-1642.

Valoración subjetiva y objetiva del hecho de que la convivencia se haga intolerable. Normativa suiza, austriaca, francesa y española al respecto. Relaciones personales en la familia. (A.R.G.)

378. UCCELLA, F.: «Sul riconoscimento della sentenza straniera con attenzione alla sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico trascritto: primi cenni», GC, 1996, n.º 3, págs. II, 141-154.

Revisión del reconocimiento de sentencias extranjeras, con referencia a las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio canónico. El *exequatur*. (R.D.R.)

379. VERHEYDE: «Nécessité et subsidiarité des mesures de protection des majeurs», RDS, n.º 9, págs. jur. 123-125.

Nota a la sentencia de casación civil, primera de 31 de enero de 1995 sobre tutela de incapaces. Alteración de las facultades mentales y corporales continua. Necesidad de representante. (ARANDA/SIERRA)

380. VINCENTI, U.: «Presunzione muciana e "fraus domestica"», FI, 1996, n.º 4, I, págs. 1206-1215.

Nota a Cass. de 18 de marzo de 1996, n.º 2272 sobre el régimen económico-matrimonial de la familia y la quiebra. (A.R.G.)

381. ZIMERAY: «Salomon a juge et ensuite ou des effets pervers des applications de lois les mieux intentionnés», GP, 1996, n.º 47-48, págs. 14-16.

Situaciones de separación y divorcio. (ARANDA/SIERRA)

7. DERECHO DE SUCESIONES

382. ARRAULT/DELMAS: «Réserve héréditaire et legs de résidu», RDS, 1996, n.º 2, págs. jur. 24.

Nota a la sentencia de casación civil, primera de 31 de enero de 1995 sobre la aplicación de reglas de la reserva al heredero incapaz. (ARANDA/SIERRA)

383. BARABÉ-BOUCHARD: «Le conjoint du descendant de l'exploitant agricole peut exercer l'action de in rem verso s'il ne peut prétendre au salaire différé», RDS, 1996, n.º 10, págs. 137-141.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 14 de marzo de 1995 comentando el art. 65 del DL de 29 de julio de 1939. (ARANDA/SIERRA)

384. CERCRID: «Testament authentique et paraphe», RDS, 1996, n.º 15, págs. jur. 209-211.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 23 de mayo de 1995 sobre testador que no sabe firmar y negativa a la firma. (ARANDA/SIERRA)

385. DÖRNER, H.: «Rechtsfragen des deutsch-deutschen Erbrechts», *JUS*, 1995, págs. 771-775.

Dentro de la sección de recensiones jurisprudenciales, nos ilustra el presente comentario con los problemas que la reunificación alemana ha planteado en relación con la sucesión testada de antiguos ciudadanos de la *ex* DDR. En concreto, se plantea en este comentario la validez de determinadas disposiciones testamentarias al haber sido efectuadas a la luz de una situación política que determinó su contenido (concretamente se preterieron a los hijos que habían escapado a la RF alemana, posiblemente para impedir que su cuota hereditaria pasase al Estado socialista de la DDR). (M.P.G.R.)

386. PERCHINUNNO, R. Y OTROS: «Adesione della Repubblica Italiana alla Convenzione che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, con Annesso, adottata a Washington il 26 ottobre 1973, e sua esecuzione», *NLCC*, 1996, n.º 1, págs. 49-86.

Observaciones, tras la ley de 20 de noviembre de 1990, n.º 387, de adhesión a la Convención de Washington de 26 de octubre de 1973, en torno a la función y problemática de la creación de una forma de testamento internacional y su relevancia práctica.

Especial referencia a los requisitos formales y al ámbito de aplicación de la ley, a cuestiones registrales y a su eficacia y vicisitudes. (R.D.R.)

387. PINARDI, M.: «La cautela sociniana e l'esperibilità dell'azione di riduzione», *NGCC*, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 117-123.

Comentario a Cass. 18-1-1995, n.º 511 en materia de sucesión hereditaria. (A.R.G.)

388. TEMDLER: «Présents et cadeaux d'usage», *RDS*, 1996, n.º 19, págs. 262-265.

Nota a casación civil, primera, de 10 de mayo de 1995. Noción de regalo y presentes de uso en detrimento de la igualdad entre herederos. Donación en vida. (ARANDA/SIERRA)

389. TRIOLA, R.: «Donazione nulla ed opponibilità dell'usucapione al legittimario - nota a Cass. 27 ottobre 1995 n.º 11203», *GC*, 1996, n.º 2, págs. I, 378-379. (R.D.R.)

8. VARIAS

390. AA.VV.: «Droit du sport», *RDS*, 1996, n.º 4, págs. 29-33.

Comentarios a varias sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

391. ANTOINE: «Le droit de l'animal: évolution et perspectives», *RDS*, 1996, n.º 15, págs. chr. 126-130.

Evolución de la legislación de protección de los animales. Influencia del derecho del animal en otras ramas jurídicas. Reconocimiento de derechos personales al animal como ser vivo en el Código penal de 1992. Evolución de la doctrina y de la jurisprudencia. (ARANDA/SIERRA)

392. ATER: «La rumeur et le Droit», RD8, 1996, n.º 18, págs. chr. 149-152.

Sobre el rumor como elemento del Derecho y como elemento probatorio. (ARANDA/SIERRA)

393. AUDIT: «Droit international privé», RDS, 1996, n.º 19, págs. 167-174.

Comentarios a varias sentencias de los tribunales franceses sobre conflicto jurisdiccional en materia de divorcio. (ARANDA/SIERRA)

394. CHATAIN/FERRIÈRE: «Le surendettement des particuliers et des familles», RDS, 1996, n.º 9, págs. 77-80.

Nota a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

395. DEUTSCH, E.: «Der Beitrag des Rechts zur klinischen Forshung in der Medizin», NJW, 1995, págs. 3019-3024.

La contribución del Derecho a la investigación clínica en la Medicina (M.P.G.R.)

396. EUDIER: «La nature du pouvoir du juge de rectifier un fond de men juridique inadéquad invoqué par le demandeur», RDS, 1996, n.º 18, págs. jur. 247-249.

Nota a la sentencia de casación civil, segunda, de 8 de junio de 1995 sobre los principios del proceso. Poderes del juez en un procedimiento de divorcio. Actuación de oficio. Art. 12 de la NCPC. (ARANDA/SIERRA)

397. FOURGOUS: «Protectionnisme et concurrence en matière de terminaux de télécommunications», RDS, 1996, n.º 1, págs. jur. 1-3

Nota a la sentencia del CJCE de 9 de noviembre de 1995 sobre la aplicación de derecho comunitario prioritariamente al derecho nacional. (ARANDA/SIERRA)

398. GASTINEL: «Plaidoyer pour la reconnaissance de l'effets directs à l'art. 85, paragafe 3 du traité de Rome», RDS, 1996, n.º 7, págs. chr. 53-57.

Aplicación directa de los reglamentos comunitarios. Aplicación directa del art. 85,3.º del Tratado de Roma por el juez nacional ante la ausencia de reglamento. (ARANDA/SIERRA)

399. GAUTIER: «Du droit applicable dans le "village planétaire" au titre de l'usage immatériel des oeuvres», RDS, 1996, n.º 16, págs. chr. 131-135.

Aplicación jurídica a Internet. Situaciones delictivas. Determinación de la ley aplicable y su ámbito de aplicación. Situaciones contractuales. (ARANDA/SIERRA)

400. GEIGER, R.: «Vertragsschlußkompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten», JZ, 1995, págs. 973-982.

Competencia para la celebración de acuerdos internacionales de la Comunidad Europea y poder exterior de los Estados miembros.

El autor analiza la confusa situación actual, abogando por una introducción expresa en el Tratado de la competencia de la Comunidad para vincularse internacionalmente al margen de los Estados miembros: regulación que habría de distinguir entre el poder exterior exclusivo de la Comunidad y aquel que pudiera ser compartido. (M.P.G.R.)

401. GUIHAL: «Les pouvoirs du juge à l'égard des installations classées», RDS, 1996, n.º 19, págs. jur. 266-268.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 23 de enero de 1996. Competencia del Tribunal civil para pronunciarse sobre los daños e intereses debidos a terceros por empresas vecinas que causan daños. (ARANDA/SIERRA)

402. KARAQUILLO: «Un pluralisme judiciaire complémentaire» original. La résolution par les institution sportives et par les juridictions d'Etat de certains "litigs sportif", RDS, 1996, n.º 11, págs. chr. 87-90.

Ponencia en el coloquio del Consejo de Europa de París, del 25 y 26 de octubre de 1995 sobre deporte y derecho: Justicia estatal y resolución de litigios deportivos por instituciones deportivas. (ARANDA/SIERRA)

403. KASPER, F.: «Der Anwalt im Kampf ums Recht», JZ, 1995, págs. 746-753.

Al contrario que la actividad judicial, la actitud del abogado frente al Derecho y su papel en la concreción práctica de éste, no ha sido objeto de tratamientos teóricos. El presente trabajo aborda el tema desde la perspectiva procesal judicial y extrajudicial. (M.P.G.R.)

404. KRAMER, A.: «Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts», NJW, 1995, págs. 2313-2317.

La posición constitucional de los abogados. (M.P.G.R.)

405. LEIBLE, S.: «Ausländersicherheit und einstweiliger Rechtsschutz», NJW, 1995, págs. 2817-2819.

Caución de arraigo en juicio y medidas provisionales y cautelares. (M.P.G.R.)

406. MAcCORMICK, N.: «Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute», JZ, 1995, págs. 797-800.

La sentencia Maastricht: la soberanía actual. La famosa decisión del Tribunal Constitucional alemán en torno a la legitimidad constitucional del Tratado de Maastricht para la República Federal Alemana, no deja de provocar la discusión, como pone de manifiesto este profesor escocés, al analizar lo que entiende que es una necesaria metamorfosis del concepto de soberanía. (M.P.G.R.)

407. MARTINE: «Droit agricole», RDS, 1996, n.º 14, págs. 123-128.

Comentarios a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre-derecho agrícola. (ARANDA/SIERRA)

408. MAYEN, Th.: «Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts- Ausprägungen und Auswirkungen auf das anwaltliche Berufsrecht», NJW, 1995, págs. 2317-2324.

La posición constitucional de los abogados. Extensión y efectos en el Derecho profesional de los abogados. (M.P.G.R.)

409. MENEGHELLI, R.: «Quid ius? Domanda senza risposta», RDC, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 1-8.

Reflexión sobre el concepto y finalidad del Derecho. (R.D.R.)

410. MENGOZZI, P/OTROS.: «Rassegna dei trattati internazionali di interesse privatistico», NLCC, 1996, n.º 1, págs. 111-199.

Reseñas de tratados internacionales, multilaterales y bilaterales, vigentes en Italia según las leyes de ratificación y adaptación y los comunicados de entrada en vigor recogidos en la G.U. del 1 de enero al 30 de junio de 1995. (R.D.R.)

411. MIRABELLI, G/GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo Quadrimestre 1995», RDC, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 495-512.

Reseña de jurisprudencia en torno a diferentes materias. (R.D.R.)

412. MIRABELLI, G/GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Casazione - Secondo Quadrimestre 1995», RDC, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 119-137.

Reseña de jurisprudencia relativa a diversas disciplinas. (R.D.R.)

413. MUENCHINGER: «Le droit français du multimédia et des télécommunications», GP, 1996, n.º 94-95, págs. 14-21.

Definición de multimedia. Problemas jurídicos, políticos, económicos y culturales. Relaciones francesas oficiales sobre sistema multimedia. Legislación actual: propiedad intelectual. (ARANDA/SIERRA)

414. LE PAGE: «Le code de l'environnement: acte de naissance officier du droit de l'environnement», GP, 1996, n.º 66-67, pág. 4.

415. OSSENBÜHL, F.: «Verfassungsrechtliche Fragen zum Solidarfonds Abfallrückführung», BB, 1995, págs. 1805-1810.

Cuestiones constitucionales sobre los fondos de solidaridad para el tratamiento de residuos. El autor se pregunta por la naturaleza de estos fondos y de las contribuciones de los mismos, así como por el ámbito subjetivo de los obligados, contrastando ambos aspectos con su admisibilidad constitucional. (M.P.G.R.)

416. PAUTOT: «Le régime juridique de la sécurité des équipements sportifs», GP, 1996, n.º 105-107, págs. 2-7.

Legislación del Código de la construcción sobre seguridad de las instalaciones deportivas. Obligación de control técnico. Homologación de las instalaciones. Textos legales. Eliminación de riesgos. (ARANDA/SIERRA)

417. PEISSE/PIEDELÈVRE/MASSIP: «Droit de la famille et des personnes. Lorisement. Prêts. Servitudes», GP, 1996, n.º 14-16, págs. 10-20.

Notas a diversas sentencias de casación civil sobre las materias señaladas. (ARANDA/SIERRA)

418. PERDRIAU: «Summaires annotés de la Cour de cassation», GP, 1996, n.º 117-118, págs. 5-21.

Notas a diversas sentencias de casación del último trimestre de 1995 sobre problemas del poder que han adquirido los jueces en Francia. (ARANDA/SIERRA)

419. PÉRIER-DAVILLE: «Internet: du rêve au cauchemar», GP, 1996, n.º 49-51, págs. 2-7.

¿Qué es Internet? La preferencia de la telemática. Una reglamentación contractual. La responsabilidad del suministrador del acceso a Internet. (ARANDA/SIERRA)

420. PETTITI/FONTBRESSIN: «Incidences sur l'application sur la Convention européenne des droits de l'homme», GP, 1996, n.º 105-106, págs. 28-29.

Problemas jurídicos que plantea la entrada de Rusia en el Consejo de Europa. (ARANDA/SIERRA)

421. PRÉVAULT: «En cas de contestation d'une saisie-attribution, le paiement en est différée et l'exécution provisoire du jugement, qui justifiait cette saisie, peut être arrêtées s'il est justifié de conséquences excessives», RDS, 1996, n.º 9, págs. jur. 131-132.

Nota a la corte de apelación de Toulous de 1 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

422. PUEL: «Libres propos. Le mirage à la française: le gouvernement des juges», GP, 1996, n.º 117-118, págs. 22-23.

El peligro de ser un poder autónomo, creador de normas y capaz de oponerse al Parlamento. (ARANDA/SIERRA)

423. RESS, H.K.: «Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung nach § 917 II ZPO und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot», JUS, 1995, págs. 967-971.

Al hilo de la más reciente práctica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el autor analiza la influencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad, sobre la posibilidad abierta por la ZPO alemana para embargar bienes cuando la sentencia haya de ejecutarse en el extranjero. La citada práctica del TJCE impide considerar a un Estado de la Unión Europea como Estado extranjero a estos efectos. (M.P.G.R.)

424. REUTER, A.: «Exportkontrolle bei Gütern mit doppeltem Verwendungszweck: Die neue DualUse-Verordnung der EU», NJW, 1995, págs. 2190-2192.

Control a la exportación de bienes de doble uso: la nueva legislación de la Unión Europea. El artículo trata los efectos de la nueva regulación europea sobre la política económica exterior de la República Federal Alemana. (M.P.G.R.)

425. RITTNER, F.: «Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration», JZ, 1995, págs. 849-858.

Derecho privado común e integración europea.

Toma postura el autor por una intervención garantista de la Unión europea, caracterizada por el amplio respeto a la voluntad de los particulares como elemento fundamental de la integración. El autor no duda en acudir a lo que considera esencia de la Unión (las cuatro libertades de 1957) e, incluso, a un efecto del principio de subsidiariedad en relación con los particulares. (M.P.G.R.)

426. SCHLESINGER, R. B.: «Il passato e il futuro della comparazione giuridica», RDC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 603-607.

Reflexión en torno a la evolución histórica del Derecho comparado y sus dificultades como método de estudio jurídico. (R.D.R.)

427. VETTORI, G.: «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche», NLCC, 1995, n.º 6, págs. 1273-1333.

Reseña de jurisprudencia sobre la legitimidad constitucional de normas referentes a diferentes materias de Derecho privado. (R.D.R.)

428. ZWANZIGER, B.: «Die Rechtsprechung des EuGH. Ein Sprengsatz für das nationale Arbeitsrechtssystem?», BB, 1995, págs. 1404-1408.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. ¿Una bomba para la regulación laboral?

El autor analiza la eficacia del Derecho comunitario en la regulación estatal alemana, partiendo de dos de las valoraciones extremas que al respecto se han hecho: la que se ve en el Derecho comunitario, una realidad que se superpone de forma absoluta al Derecho interno (Heinze), y la que lo contempla como una realidad que sólo de forma parcial y sectorial influye en el mismo (Däubler). (M.P.G.R.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

429. BARBA, A.: «La normatività della fondazione», RDC, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 417-480.

Estudio de la figura de la fundación como titular de empresa. Las particularidades y aptitudes de las fundaciones para realizar actividades de empresa. (R.D.R.)

430. BARONE, A.: «Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria», FI, 1996, n.º 1, I, págs. 277-282.

Nota a App. Milano de 18 de julio de 1995 sobre disciplina de la competencia. (A.R.G.)

431. BORRELI, E./PARDOLESI, R.: «Fumo e pubblicità: cronaca di un giro di vite annunciato», FI, 1995, n.º 12, I, págs. 3458-3471.

Nota a Cass. 6 de octubre de 1995, n.º 10508 en materia de marcas y prohibiciones de publicidad. (A.R.G.)

432. BOSSARD, M.: «Vendita sottocosto e concorrenza sleale», NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 18-24.

Comentario a Trib. Trieste, ord. 13-9-1994 que estudia esta figura de ilícito cuyo origen se encuentra en la experiencia antitrust estadounidense. (A.R.G.)

433. CABRILLAC: «Effets de commerce», RDS, 1996, n.º 4, págs. 34-36.

Comentarios a varias sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

434. DE SANCTIS, G.: «Il risarcimento del danno per violazione di brevetti industriali nella giurisprudenza degli Stati Uniti», CI, 1995, n.º 2, págs. 816-840. (A.R.G.)

435. DI VIA, L.: «Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza», FI, 1996, n.º 2, IV, págs. 68-74.

Nota a Corte giust. de 16 de noviembre de 1995, causa C-244/94 respecto a la noción de empresa en el derecho comunitario. (A.R.G.)

436. FINOCCHIARIO, M.: «Sull'imposta di registro nel caso di cessione dell'azienda familiare a familiare già partecipante -osservazione a Cass. 19 ottobre 1995 n.º 10893», GC, 1996, n.º 3, págs. I, 740-741. (R.D.R.)

437. FRANZOSI, M.: «Sulla funzione del sequestro in materia di brevetti», CI, 1995, n.º 2, págs. 807-815.

Función y naturaleza del secuestro concedido para la tutela de las patentes por invención industrial. (A.R.G.)

438. FRITZSCHE, J.: «Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV», ZHR, 160, 1996, págs. 31-58.

Los acuerdos restrictivos de la competencia pueden ser necesarios para la ejecución de contratos en el ámbito civil, pues en otro caso no podría alcanzarse la finalidad del propio contrato; el autor expone varios supuestos en los que tales acuerdos se consideran imprescindibles, como por ejemplo en el contrato de *franchising*. Se analiza el camino seguido por la jurisprudencia para considerar que no existe vulneración del principio prohibitivo de las prácticas restrictivas, en particular la interpretación que recibe el art. 85.1 del Tratado de la Unión Europea y el entendimiento de lo que significa «falsear el juego de la competencia». (I.G.P.)

439. FRONTINI, G.: «L'impresa artigiana nella sua evoluzione e nei suoi caratteri distintivi, con particolare riferimento alla preminenza del lavoro sul capitale -nota a Cass. 2 giugno 1995 n.º 6221», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 151-156. (R.D.R.)

440. GÄRTNER, R.: «Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht», BB, 1995, págs. 1753-1757.

Protección civil del consumidor y Derecho mercantil. La otra cara de un Derecho privado especial. El artículo se cuestiona la identidad de un Derecho especial de consumo, al margen del tradicional Derecho civil. (M.P.G.R.)

441. HAAS: «Comentario a la Sentencia de la Corte de apelación de París, sección 4.º A, de 29 de noviembre de 1994», GP, 1996, n.º 26-27, págs. 26-30.

Notas a la sentencia citada en materia adquisición de marcas. Fraude. Código de acceso en informática. (ARANDA/SIERRA)

442. HOSSENFELDER, S./MÜLLER, M./PARLASCA, S.: «Das Kartellverbot und seine Ausnahmen», ZHR, 160, 1996, págs. 1-30.

Estudio sobre las normas que disciplinan lo relativo a prácticas restrictivas de la competencia. Partiendo de la regla general prohibitiva, se analizan las excepciones a dicho principio en el Derecho alemán y en el Derecho comunitario, comparando ambas regulaciones y su aplicación en la práctica. Se destaca que a pesar de la aproximación entre los textos legales, los empresarios se encuentran de hecho ante dos sistemas distintos que se alejan en su interpretación y desarrollo. Las autoras hacen propuestas de reforma que sirvan a la deseada unificación de criterios. (I.G.P.)

443. JOBARD: «Respect des droits de la défense» GP, 1996, n.º 115-116, págs. 24-29.

Comentario a la sentencia de París, sección primera, de 23 de enero de 1996 sobre la información privilegiada y la sanción. (ARANDA/SIERRA)

444. MALLET-PUJOL: «La retransmission télévisuelle des événements: entre monopole d'exploitation et pluralisme de l'information», RDS, 1996, n.º 13, págs. chr. 103-110.

Monopolio con fin informativo. Nuevos monopolios. Excepciones a la información. (ARANDA/SIERRA)

445. MERTENS, B.: «Die Geltendmachung von Mängeln eines Unternehmensvertrages durch Aktionäre», BB, 1995, págs. 1417-1421.

La reclamación de los socios por vicios en los acuerdos entre empresas.

El artículo analiza las vías posibles y más frecuentes contra la validez de acuerdos entre empresas que afectan directamente a los socios. Articulación de los eventuales vicios formales (normalmente la falta del acuerdo de consentimiento por parte de los socios entre sociedades de responsabilidad limitada) o sustanciales. En este segundo caso, y una vez que el acuerdo ha sido registrado y esta en vigor, las consecuencias económicas de su impugnación son más graves y la posibilidad de que dicha impugnación sea articulada por uno o varios socios es discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. (M.P.G.R.)

446. MICHALSCKI, L.: «Die Befugnis von Inkassounternehmen zur gerichtlichen Durchsetzung von Forderungen», BB, 1995, págs. 1361-1365.

La capacidad de las empresas de cobro para la interposición judicial de reclamaciones.

Normalmente, las empresas dedicadas al cobro se limitan a gestionar dichos cobros de forma extrajudicial. El artículo analiza las posibilidades de que también recurran a los tribunales en función de su concreta actividad y del poder o autorización que posean. (M.P.G.R.)

447. SAMBIASE, F.: «Brevi riflessioni sull'impresa familiare -nota a Cass., sez. un., 4 gennaio 1995 n.º 89», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1143-1150. (R.D.R.)

2. DERECHO DE SOCIEDADES

448. ALTHAUS, Wolfgang: «Le banque italiane in Germania. I problemi di operatività», BBTC, 1995, VI, parte prima, págs. 815-827.

Cuestiones surgidas a raíz del establecimiento en Alemania de bancos italianos, dentro del marco comunitario de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y en concreto, de su recepción en derecho alemán. Exposición de los requisitos necesarios para la obtención de las debidas autorizaciones, que supone que tras la recepción en Alemania de la directiva CEE que entró en vigor en dicho país el 1 de enero de 1993, la sucursal alemana de un instituto de crédito con sede en el interior de la CEE, no tiene necesidad de obtener una licencia bancaria alemana. (L.S.M.P.)

449. BALZANO, M.: «Sulla validità degli accordi parasociali di voto», NGCC, 1996, n.º 1, parte prima, págs. 100-107.

Comentario a Cass. 9-6-1994, n.º 7030 respecto a la validez de los pactos de renuncia a la acción social de responsabilidad contra los administradores: el problema de la disponibilidad del objeto del pacto. (A.R.G.)

450. BOCHICCHIO, F.: «Adesione della clientela alle offerte pubbliche di vendita», CI, 1995, n.º 2, págs. 568-579.

Relaciones entre la normativa que regula el ahorro público y aquélla que aborda las ofertas públicas de venta. (A.R.G.)

451. BUSI, C.A.: «Azzeramento del capitale per perdite e sua ricostituzione sino all'importo originario mediante utilizzo di versamenti in conto capitale, in assenza di emissione di nuove azioni», NGCC, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 983-989.

Comentario a Trib. Firenze 3-1-1995 sobre disminución del capital por pérdidas en las sociedades por acciones. (A.R.G.)

452. CALICETI, P.: «Teoria e prassi delle privatizzazioni in Italia», *CI*, 1995, n.º 2, págs. 731-771. (A.R.G.)

453. CALVOSA, Lucia: «Clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti successori», *BBTC*, 1996, II, parte seconda, págs. 164-167.

Con la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 16 de abril de 1994, n.º 3609 la jurisprudencia viene a declarar que en una sociedad por acciones, en el caso de muerte de uno de los socios, resulta válida la cláusula, establecida en los estatutos, que prevé que en caso de muerte del socio, existe un derecho potestativo de los socios superstites de adquirir de los herederos las acciones del *de cuius*. (L.S.M.P.)

454. CAMPOBASSO, Gian Franco: «Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata», *BBTC*, 1995, VI, parte prima, págs. 729-748.

La especialidad de los denominados grupos bancarios ha hecho necesaria una disciplina específica, esencialmente dirigida a la consecución de un sistema de información y de vigilancia de la estabilidad de la actividad bancaria. La normativa fija los criterios de demarcación de las sociedades del grupo bancario, individualizando a la sociedad que resulta dominante, centrándose en los poderes de dirección y coordinación de ésta. (L.S.M.P.)

455. CARINGELLA, F.: «Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie», *FI*, 1996, n.º 4, I, págs. 1364-1374.

Nota a Cass. de 6 de mayo de 1995, n.º 4989 en materia de sociedades. (A.R.G.)

456. CAVANNA, S.: «Trasferimento ed acquisto dei titoli azionari nominativi», *NGCC*, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 326-347.

Artículo dedicado a numerosas cuestiones relativas a la naturaleza de la acción y a la transmisión de las acciones (contrato real o personal, adquisición *a non domino*, adquisición por usucapión, obligaciones del adquirente, deberes de la sociedad emittente). (A.R.G.)

457. DE ACUTIS, M.: «Riduzione obbligatoria del capitale per perdite e situazione patrimoniale di riferimento», *NGCC*, 1995, n.º 5, parte prima, págs. 991-998.

Comentario a Trib. Rovigo 14-4-1995 y a App. Venezia 2-8-1995 sobre sociedad de responsabilidad limitada y deliberación y reconstitución del capital por el artículo 2447 del Código Civil. (A.R.G.)

458. DUGATO, M.: «La partecipazione dell'università a società di capitali: il caso dell'Università degli Studi di Bologna», *CI*, 1995, n.º 2, págs. 697-730.

Disposiciones de carácter general contenidas en el estatuto de la Universidad de Bolonia en materia de participación en sociedades y entes privados. (A.R.G.)

459. FRONTINI, G.: «L'impresa artigiana nella sua evoluzione e nei suoi caratteri distintivi, con particolare riferimento alla preminenza del lavoro sul capitale -nota a Cass. 2 giugno 1995 n.º 6221», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 151-156. (R.D.R.)

460. GENOVESE, Maria Laura: «Osservazioni a Cass. 28 luglio 1994, n.º 7079 in tema di successione nel diritto controverso in caso di conferimento di azienda bancaria e di responsabilità della banca per la consegna di un libretto di assegni a persona non legittimata né autorizzata dal correntista», BBTC, 1995, VI, parte seconda, págs. 657-665.

En una primera parte del artículo se estudia la privatización de los entes públicos económicos, para lo que se han previsto tres medios, la transformación de los entes crediticios públicos en sociedades por acciones, la fusión de tales entes con otros entes crediticios formando una sociedad por acciones y por último la reestructuración de los mismos, pasando de ser un sujeto público a ser un sujeto privado que tiene por objeto la actividad crediticia. En segundo lugar, el artículo se plantea la responsabilidad contractual del banco por incumplimiento de obligaciones inherentes al contrato de cuenta corriente. (L.S.M.P.)

461. GINEVRA, Enrico: «Aumento di capitale sociale e deroga all'art. 2441, comma 2.º, c.c.», BBTC 1995, VI, parte seconda, págs. 752-776.

Comentario a las sentencias del *Tribunale di Milano* de 22 de febrero y 19 de junio de 1993, ambas relativas al requisito establecido en el art. 2441.2.º del c.c., de la publicidad del derecho de opción en el aumento de capital social. En ambos casos se afirma que se trata de una norma dispositiva por la totalidad de los socios y por tanto, resulta admisible una dispensa a los administradores del cumplimiento de la formalidad mencionada. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador con la norma, se plantea el autor si es posible hablar de indisponibilidad del régimen legal en los aumentos de capital de sociedades anónimas, dadas sus especiales características. (L.S.M.P.)

462. GIRINO, F.: «Riflessioni sulla disciplina dell'organo amministrativo nella società a responsabilità limitata», RDC, 1995, n.º 5, parte seconda, págs. 513-526.

Comentario a las sentencias Trib. Venezia, decr. 24 settembre 1992 y App. Venezia, 3 marzo 1993, sobre la organización y funcionamiento del órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada. (R.D.R.)

463. GRANDE STEVENS, F.: «Questioni attuali in tema di offerte pubbliche di vendita», CI, 1995, n.º 2, págs. 559-567. (A.R.G.)

464. HALLOUIN: «La fixation de la rémunération des dirigeants de société anonyme par un comité: validité de la décision et qualité pour agir en nullité», RDS, 1996, n.º 13, págs. jur. 186-188.

Nota a la sentencia de casación comercial de 4 de julio de 1995 sobre remuneración de los directivos de la sociedad anónima. (ARANDA/SIERRA)

465. HÄSEMAYER, L.: «Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treupflichten», ZHR, 160, 1996, págs. 109-132.

Los deberes de lealtad de los socios tienen varias manifestaciones. En particular se plantea la proyección de tales deberes en la adopción de decisiones relativas al saneamiento de la sociedad y las consecuencias de su infracción. (I.G.P.)

466. JOBARD: «Étendue de l'obligation d'information du public de la société émettrice dans la montée hors coté», GP, 1996, n.º 115-116, págs. 17-24.

Comentario a la sentencia de París, sección primera, de 23 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

467. JULA, R.: «Gestaltungsmöglichkeiten des Geschäftsführers einer GmbH i.G. zum Ausschluß oder zur Abschwächung der Handelhaftung», BB, 1995, págs. 1597-1607.

Posibilidades de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada para excluir o reducir su responsabilidad cuando actúan en nombre de la sociedad, con anterioridad a la inscripción en el Registro mercantil. (M.P.G.R.)

468. LEVERENZ, K. «Enthält par. 160 HGB dispositives Recht?», ZHR, 160, 1996, págs. 75-88.

El párrafo 160 del HGB establece un plazo de prescripción quinquenal para las acciones que los acreedores sociales tengan contra los miembros de una sociedad colectiva. Frente a la opinión mayoritaria, el autor defiende la imperatividad de esta norma a través de una interpretación gramatical, histórica, sistemática y teleológica, a la vez que explica el ámbito de aplicación del precepto y las vías de protección de los acreedores. (I.G.P.)

469. LICINI, C./PASQUALIS, P.: «Norme per la trasparenza nella cessione partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli», NLCC, 1996, n.º 1, págs. 1-48.

Análisis de la Ley de 12 de agosto de 1993, n.º 310, relativa a las cuotas de participación en sociedades.

Su control y sus normas de circulación, según el tipo de sociedad y los modos de transmisión.

Cuestiones registrales. (R.D.R.)

470. MALERBA, G.: «Modifiche alla disciplina civilistica dei bilanci (art. 2-bis l.8 agosto 1994, n.º 503)», NLCC, 1995, n.º 6, págs. 1246-1253.

Breve comentario respecto de las modificaciones introducidas en el balance de las sociedades, en aplicación de específicas normas tributarias. La influencia de disposiciones fiscales en la disciplina del balance. (R.D.R.)

471. MARANO, Pierpaolo: «Note minime sulla raccolta del risparmio da parte delle cooperative finanziarie», *BBTC*, 1996, II, parte prima, págs. 245-267.

Estudio de la normativa creada para las cooperativas financieras que tienen por objeto la captación del ahorro o la adquisición de fondos con obligación de reembolso, bien bajo la forma de depósito, bien bajo cualquier otra forma, conforme a lo establecido en el decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n.º 385. Comparación con la normativa existente con anterioridad y crítica de la nueva regulación. (L.S.M.P.)

472. MELITI, M.: «Gestione d'affari, con o senza rappresentanza, ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre», *NGCC*, 1996, n.º I, parte primera, págs. 110-113.

Comentario a Cass. 17-11-1994, n.º 9710 en materia de sociedades mercantiles. (A.R.G.)

473. MOXTER, A.: «Zum Umfang der Entscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes im Bilanzrecht», *BB*, 1995, págs. 1463-1466.

Sobre el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de balance de cuentas societarias. (M.P.G.R.)

474. PAILLUSSEAU: «La cession de contrôle et la nature de droits sociaux», *RDS*, n.º 12, págs. jur. 167-172.

Nota a la sentencia de casación comercial de 17 de octubre de 1995 sobre vicios del consentimiento en la transmisión de participaciones sociales. Sociedad de responsabilidad limitada. Indisponibilidad. (ARANDA/SIERRA)

475. PASQUINO, S.: «Diritto di ispezione e diritto di ottenere estratti dal libro dei soci», *NGCC*, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1157-1160.

Comentario a Cass. 12-10-1994, n.º 8332 respecto al derecho de los socios al examen de los libros de la sociedad. (A.R.G.)

476. PETTARIN, G. G. y PONTI, L.: «L'assedio della dottrina e la rocca della giurisprudenza: ancora sulla partecipazione di società di capitali ad una s.a.s. come accomandante», *NGCC*, 1995, n.º 6, parte prima, págs. 1148-1153.

Comentario a Trib. Briella, 29-7-1994 respecto a la participación de las sociedades de capital en las sociedades personalistas. (A.R.G.)

477. POLLERA, C.: «Raggruppamento temporaneo di imprese, incolpevole affidamento sull'esistenza del vincolo sociale, responsabilità dei soci in materia di rapporti di lavoro - nota a Cass. 27 ottobre 1995 n.º 11152», *GC*, 1996, n.º 4, págs. I, 1010-1014. (R.D.R.)

478. PREUSS, N.: «Regressansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft gegen die Gesellschaft», ZHR, 160, 1996, págs. 163-179.

Los socios de sociedades personalistas responden de forma personal e ilimitada por las deudas sociales, incluso en aquellos supuestos en los que ya estén separados de la sociedad, siempre que, en este caso, la deuda se hubiere contraído durante su pertenencia a la misma. El estudio se centra en las acciones de regreso que puede tener quien, tras su salida de la sociedad, ha pagado deudas sociales generadas antes; acciones que puedan dirigirse contra la propia sociedad y contra los socios actuales de la misma. (I.G.P.)

479. ROMANELLI, Gustavo: «Il vigente sistema normativo aeroportuale italiano in rapporto con la disciplina anti-trust», Archiv. Giur., 1995, n.º 4, págs. 451-478.

Problemas de garantía de defensa de la competencia surgidos en materia de gestión de los aeropuertos como empresas y el control público de la actividad de las empresas que operan en régimen de monopolio. La autoridad garante de la competencia en Italia tiene iniciados unos procedimientos contra las mayores empresas aeroportuarias italianas por abuso de posición dominante. El autor considera necesario atender a la adopción de normas comunitarias en materia de *holding* antes de proceder a la necesaria reforma del ordenamiento nacional. (L.S.M.P.)

480. SALAFIA, V.: «Questioni in tema di contenuto e di controllo del bilancio di società di capitali - nota a Cass. 30 marzo 1995 n.º 3744», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3023-3025. (R.D.R.)

481. SAMBIASE, F.: «Responsabilità di amministratori e sindaci: una solidarietà particolare - nota a Cass. 1 marzo 1995 n.º 2298», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1136-1142. (R.D.R.)

482. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Confusión de patrimonios y servicios de inversión», BBTC, 1995, VI, parte prima, págs. 785-806.

El autor aborda el tema de la necesidad de conseguir una clara separación entre el patrimonio de las empresas de inversión y el de sus clientes; la necesidad de evitar una utilización indebida de los fondos y valores de los clientes, cuyos intereses se han de anteponer. Considera que las operaciones por cuenta propia pueden ir contra el principio de lealtad, como norma de conducta. Analiza el supuesto de la insolvencia de las empresas de inversión y su liquidación, tanto en la normativa española como en la comunitaria. (L.S.M.P.)

483. SANTAGATA, Carlo: «La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione», BBTC, 1996, I, parte seconda, págs. 112-144.

Análisis de la reciente disciplina general de los procedimientos cautelares dispuesta por la ley de 26 de noviembre de 1990, n.º 353, que establece que se puede disponer la suspensión de los acuerdos de la Asamblea, como medida cautelar típica. Sin embargo, la suspensión del acuerdo de fusión, no es admisible como medida de cautela cuando se ha procedido a la inscripción en el registro de la fusión, lo que supone la realización definitiva de los efectos del acuerdo. El legislador sacrifica los derechos de los socios minoritarios por la seguridad del tráfico, la tutela de los socios se efectúa a

través del resarcimiento de daños y perjuicios, no siendo posible la reintegración en forma específica. (L.S.M.P.)

484. SANTUARI, A.: «Le società di capitali fra autorizzazione governativa e libertà di associazione durante il periodo 1800-1865», RDC, 1996, n.º 1, parte seconda, págs. 41-64.

Reflexión en torno a la evolución de la ingerencia de la autoridad administrativa en la creación de la sociedad de capital. (R.D.R.)

485. SCHERMI, A.: «Azzeramento, ricostituzione ed aumento del capitale sociale ex art. 2447 c.c. in una peculiare fattispecie - nota a Trib. Milano 13 ottobre 1994», GC, 1995, n.º 12, págs. I, 3138-3144. (R.D.R.)

486. SCHERMI, A.: «In tema di eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari delle società di capitali: considerazioni sull'ordinamento societario e sulla persona giuridica - nota a Cass. 26 ottobre 1995 n.º 11151», GC, 1996, n.º 2, págs. I, 383-388. (R.D.R.)

487. SCHERMI, A.: «La trasferibilità di azioni e quote sociali subordinata a condizioni particolari o ad autorizzazione - nota a Cass. 17 giugno 1995 n.º 6865», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1069-1073. (R.D.R.)

488. SCHIANO DI PEPE, G.: «Il gruppo di società: aggiornamenti e verifique», CI, 1995, n.º 2, págs. 672-696.

Estudio del fenómeno del grupo de empresas —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— y del conflicto de intereses que de él deriva. (A.R.G.)

489. SECK/JURISEN/DAKAR/SENÉGAL: «L'Afrique et le droit des sociétés», GP, 1996, n.º 96-97, págs. 7-54.

Presentación y punto de vista: derecho comercial y derecho de sociedades. El arrendamiento-gerencia de fondos de comercio. Registro de marcas y patentes de invención. Adquisición de bienes y derechos reales por extranjeros. Incitación a la inversión: sistema bancario y desarrollo financiero. El desarrollo fiscal. Principios y prácticas contables. Reglamentación del trabajo y de la seguridad social; del comercio internacional. Organización jurídica. (ARANDA/SIERRA)

490. TROIA, Maria Patrizia de: «Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: requisiti di onorabilità, qualità degli azionisti, sana e prudente gestione», BBTC, 1996, II, parte seconda, págs. 246-252.

Estudio de la evolución normativa en materia de autorización para el ejercicio de la actividad bancaria, en concreto, la homologación del acto constitutivo en ausencia de autorización y los poderes de valoración otorgados a la autoridad de control. (L.S.M.P.)

491. VIDIRI, G.: «Sugli effetti della mancata autorizzazione degli amministratori alla cessione di azioni di società cooperativa - nota a Cass. 17 giugno 1995 n.º 6865», GC, 1995, n.º 11, págs. I, 2657-2659. (R.D.R.)

492. VIDIRI, G.: «Sui sindacati di voto a tempo indeterminato -nota a Cass. 20 settembre 1995 n.º 9975», GC, 1996, n.º 1, págs. I, 80-83. (R.D.R.)

493. VIDIRI, G.: «Vendita di titoli azionari, errore su qualità essenziale e presupposizione -nota a Cass. 29 agosto 1995 n.º 9067», GC, 1996, n.º 4, págs. I, 1053-1057. (R.D.R.)

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

494. ANNUNZIATA, Filippo: «Il *Wertpapierhandelsgesetz* e la riforma del mercato mobiliare in Germania», BBTC, 1996, II, parte prima, págs. 226-244.

En torno a la ley alemana de 26 de julio de 1994, *Zweites Finanzmarktförderungsgesetz*, con la que el legislador alemán ha adaptado el derecho interno al comunitario, acogiendo las sugerencias comunitarias relativas a la necesidad de aumentar el nivel de transparencia e información del mercado mobiliario.

Esta ley es la segunda parte de la reforma iniciada con la *Finanzmarktförderungsgesetz* de 22 de febrero de 1990, en ella resalta el concepto de *Wertpapierhandelsgesetz* y la creación de una nueva autoridad de vigilancia del mercado mobiliario, el *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel*, así como la recepción de Directivas importantes como la Directiva en materia de *insider trading* y la relativa a la comunicación de las participaciones importantes de capital de sociedades que cotizan. (L.S.M.P.)

495. DE FERRA, G.: «La figura del mediatore come imprenditore», RDC, 1995, n.º 6, parte seconda, págs. 527-532.

Breves observaciones respecto de la figura del corredor en el ámbito empresarial y el sistema de sanciones por el ejercicio abusivo de tal actividad, impuesto por la ley 39/89 de 3 de febrero. (R.D.R.)

496. ENGLER, C.: «Unterlassungs- und Vertragsstrafansprüche von Wettbewerbsverbänden nach der Neuregelung ihres Klagerechts durch das Gesetz zur Änderung des UWG», NJW, 1995, págs. 2185-2190.

El artículo estudia la nueva situación de las uniones o confederaciones para la defensa de la competencia en relación con la acción que a título propio les otorga el §13.II.2 de la Ley sobre competencia desleal, recientemente reformada por Ley de 25 de julio de 1994, que viene a restringir el ámbito de la anterior regulación. (M.P.G.R.)

497. FISCHER, F.O.: «Praktische Probleme der Einbeziehung von AGB unter Kaufleuten, insbesondere bei laufenden Geschäftsverbindungen», BB, 1995, págs. 2491-2494.

Problemas prácticos en la inclusión de condiciones generales de los contratos entre comerciantes, con especial detenimiento en simultáneas relaciones negociales.

El autor hace referencia a la jurisprudencia sobre las cláusulas de remisión a condiciones contenidas en otro tipo de documentos dentro de una serie de relaciones comerciales habituales (minutas, peticiones, ofertas, facturas, etc.). (M.P.G.R.)

498. HAMMEN, H.: «Beschränkung von Beteiligungen der Kreditinstitute an Nichtbankunternehmen», ZHR, 160, 1996, págs. 133-162.

El 30 de enero de 1995, la SPD presentó en el Bundestag un proyecto de Ley sobre competencia que propone limitar la posible participación de Bancos e institutos de crédito en empresas y entidades que tengan otro tipo de actividades. El tema se plantea desde una triple perspectiva: constitucional, económica y de política jurídica. (I.G.P.)

499. KÖHLER, H./STEINDORFF, H.: «Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb», NJW, 1995, págs. 1705-1711.

Mandato público, subvención y competencia desleal. (M.P.G.R.)

500. POLICE, Aristide: «L'incerta natura delle "deliberazioni" interministeriali in materia di vigilanza regolamentare», BBTC, 1996, I, parte seconda, págs. 4-25.

Estudio, a raíz de la sentencia de la *Corte costituzionale* de 6 de julio de 1995, n.º 302, del conflicto de atribuciones, entre el *Ministerio del tesoro* y el *C.I.C.R.* en lo referente a la actividad de vigilancia reglamentaria. (L.S.M.P.)

501. VELLA, Francesco: «Attività bancaria internazionale e sistemi di vigilanza: la nuova disciplina comunitaria», BBTC, 1995, VI, parte prima, págs. 749-784.

Estudio del proceso de internacionalización de la banca y los problemas de control público surgidos. Ineficacia e inadecuación de los medios de vigilancia, que no impiden crisis como la del BCCI. Se plantea la realidad de la posibilidad del control preventivo y el nuevo elemento añadido a la crisis bancaria que es su colaboración en el blanqueo de dinero procedente de actividades ilícitas, dada la posibilidad de ocultarlo gracias a la estructura internacional de la banca, que permite un alto grado de opacidad. (L.S.M.P.)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
CI	Contrato e Impresa
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nuove Leggi Civile Commentate
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDIm.	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrecht.

Sentencias Comentadas

El derecho al honor de las personas jurídicas (Comentario a la STC 139/1995, de 26 de septiembre)

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Trascendencia de la resolución.— II. Resumen de los hechos.— III. Comentario. III.1. Titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. III.2. Titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas.— IV. Valoración global de la sentencia. IV.1. Aspectos clarificados. IV.2. Cuestiones no clarificadas.

I. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN (1)

La STC 139/1995 de 26 de septiembre (BOE 14.10.1995, Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera) pone fin a una de las cuestiones más debatidas en los últimos años, la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas. Es cierto también que esta resolución, tal y como detallo en el último epígrafe de este comentario, no resuelve todos los interrogantes que cabe plantearse en torno a este tema, o bien porque en los hechos del caso no se recogen o bien porque la sentencia no los aclara suficientemente. Sin embargo no por ello esta resolución deja de merecer un juicio favorable, en cuanto reconoce de forma di-

(1) La STC 183/1995 de 11 de diciembre (BOE 12.1.1996) es una resolución posterior en el tiempo a la STC 139/1995 de 26 de septiembre que también reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas. Sin embargo en este comentario sólo me ocupo de la STC 139/1995 en la medida en que la STC 183/1995 se limita a reproducir los fundamentos jurídicos de la anterior.

recta la titularidad del derecho al honor de las personas morales (o más exactamente, la de las personas jurídico-privadas).

La polémica que ahora zanja este nuevo pronunciamiento del Constitucional sale a la luz con la famosa STC 107/1988 de 8 de junio (BOE 25.6.88), en concreto, con la interpretación que la doctrina mayoritaria y parte de la jurisprudencia ha llevado a cabo de una expresión inserta en la misma y que ahora transcribo, en virtud del interés que posee para la correcta comprensión de este comentario:

«Es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública».

Esta expresión la reitera el Tribunal Constitucional en dos resoluciones inmediatamente posteriores (STC 51/1989 de 22 de febrero —BOE 14.3.1989— y STC 121/1989 de 3 de julio —BOE 24.6.89—). Las tres sentencias coinciden en los hechos (persona que realiza unas declaraciones aparentemente constitutivas de delito de injurias graves contra una clase determinada del Estado), en el sujeto pasivo del delito (una institución pública o una clase determinada del Estado: bien la Administración de Justicia, bien el Ejército) y en la argumentación empleada por el Constitucional para el fallo (el ofensor es absuelto en virtud del ejercicio legítimo de su libertad de expresión; las declaraciones se refieren a materias y personas de interés público y las críticas son generales e impersonales, no dirigidas a personas concretas).

La interpretación doctrinal mayoritaria es que con la citada expresión el Tribunal Constitucional excluye a las personas morales del ámbito del artículo 18.1 CE (2). Pero existen también excepciones relevantes

(2) BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO, J.: *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, 2.ª Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 286; BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, 1992, pp. 145-146; COSSÍO, M. DE: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia,

a esta tesis: Una primera opinión sostiene que el Tribunal confunde en sus resoluciones la cuestión de la titularidad del honor de las personas jurídicas con un problema de difamación de grupos (3); una segunda corriente doctrinal mantiene que el Constitucional sólo niega el honor de las personas jurídico-públicas pero que aún no se ha pronunciado de forma expresa respecto a las jurídico-privadas (4) y, por último, una tercera afirma que el Tribunal sólo indica que el derecho al honor no es predicable de las instituciones públicas y clases determinadas del Estado, pero que no dice absolutamente nada del honor de las personas jurídicas (5). A mi juicio esta tercera dirección es la más correcta, ya que sólo una perspectiva inadecuada conduce a la identificación de los términos clase determinada del Estado (o institución pública) y persona jurídica. No obstante, el fallo que se puede encontrar en esta última tesis es su falta de precisión acerca de los conceptos clase determinada del Estado e institución pública y la ausencia de razones que justifiquen la exclusión de este tipo de entidades del ámbito del 18.1 CE.

Desde luego no carece de interés el interrogante acerca de si el honor de las personas jurídicas encuentra tutela a través del cauce del 1902 del Código Civil o a través del artículo 7.7 LO 1/1982 de 5 de mayo (que desarrolla el artículo 18.1 CE desde la perspectiva civil). Realmente la LO 1/1982 contiene, además de novedades procedimentales, innovaciones sustantivas de gran relieve (la más importante, sin duda, la presunción del daño del artículo 9.3) que permiten concluir que su aplicación interesa a las personas morales, con independencia de la

1993, pp. 85-86; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 8.ª Ed., 1993, pp. 366; HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 1990, pp. 254-255 y 258 y RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J.: «La protección de los llamados derechos de la personalidad: Honor de la persona jurídica. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 5 de octubre de 1989», AC, 1990-3, pp. 485-486. En este sentido también las SSTS 9.2.1989 Ar. 822, 5.10.1989 Ar. 6889, 6.6.1992 Ar. 5007 y 26.3.1993 Ar. 2396. Pero la jurisprudencia no ha seguido una doctrina uniforme en este tema y ha dictado desde el año 1988 resoluciones de signo contrario a las anteriores en las que afirma el honor de las personas colectivas: SSTS 28.4.1989 Ar. 3274, 5.12.1989 Ar. 8799, 15.4.1992 Ar. 4419, 9.12.1993 Ar. 9838 y 5.4.1994 Ar. 2930. La tesis que niega la titularidad del honor del artículo 18.1 CE a las personas jurídicas admite, sin embargo, que éstas son portadoras de otros bienes jurídicos de rango inferior (dignidad, prestigio) que reciben tutela, o bien por la vía de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, o bien por la normativa reguladora de la Competencia y Publicidad Desleal (LCD 3/1991 de 10 de enero y LGP 34/1988 de 11 de noviembre).

(3) SALVADOR CODERCH, P.: *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 217.

(4) FELIÚ REY, M.I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, 1990, pp. 16 y PARDO FALCÓN, J.: «Los derechos del artículo 18 CE en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», REDC, n.º 34, 1992, pp. 146.

(5) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS de 15 de abril de 1992», CCJC, n.º 29, 1992, pp. 511 y 515 y CASAS VALLÉS, R.: «Comentario a la STS 9 de febrero de 1990», CCJC, n.º 23, 1990, pp. 452.

discusión doctrinal existente en torno a si tal ley es una norma de Derecho de la Persona, un mero desarrollo reforzado de la normativa general de la responsabilidad civil extracontractual o ambas cosas a la vez.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

En el número 611 de la revista «Interviú» aparece publicado un reportaje, bajo la firma del periodista D. José Luis Morales, que denuncia la corrupción de algunos de los responsables de la Guardia Civil de Canarias e informa de la existencia de una comisión especial dentro de este Cuerpo encargada de la investigación de las corruptelas.

En tal reportaje es nombrada, junto a otras, la compañía mercantil «Lopesan Asfaltos y Construcciones, S.A.», a quien se acusa de sobornar a la Guardia Civil con el objetivo de transitar sin permiso y sin tarjetas, de extraer arenas de las dunas y de encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas.

La compañía mercantil interpone demanda en procedimiento especial de protección jurisdiccional civil del derecho fundamental al honor contra los ahora recurrentes en amparo (Ediciones Zeta, SA; D. José Luis Morales Suárez y D. Basilio Rogado Adalia) y alega vulneración tanto de su derecho al honor como de su derecho a la imagen. La sentencia de 16 de noviembre de 1989 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Barcelona estima parcialmente la demanda y condena a los demandados, por intromisión ilegítima en el honor de la empresa, a la publicación de la sentencia en la revista «Interviú», a la prohibición futura de publicar más informaciones al respecto y a una indemnización de daños y perjuicios de dos millones de pesetas. La sentencia de 26 de octubre de 1990 de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia anterior. Recurrida esta resolución en casación, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, por sentencia de 9 de diciembre de 1993, declara no haber lugar al recurso.

«Ediciones Zeta, SA», D. José Luis Morales Suárez y D. Basilio Rogado Adalia interponen recurso de amparo contra la sentencia del Supremo y alegan la infracción del artículo 18.1 CE y del artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado.

III. COMENTARIO

La argumentación del Constitucional en esta resolución consta de dos partes bien diferenciadas: la primera parte, más extensa, se refiere al tema de la titularidad del honor de las personas jurídicas y la segunda, en cambio más breve, resuelve si efectivamente ha habido vulnera-

ción del derecho de libertad de información de los recurrentes por la sentencia de casación. En este comentario sólo me ocupo de la primera parte.

Al inicio de la resolución el Tribunal señala el modo erróneo en que la demanda ha sido formulada por los recurrentes, en cuanto éstos solicitan que se declare nula la sentencia de casación porque vulnera tanto el artículo 18.1 como el artículo 20.1.d) CE. Tal y como aclara el Tribunal los recurrentes ni son titulares del artículo 18.1 CE ni tampoco poseen un interés legítimo respecto al mismo, de ahí que el único derecho que está en juego es la libertad de información veraz del artículo 20.1.d) CE.

Le hubiera bastado al Constitucional con el examen de si los recurrentes han ejercido su actuación informativa fuera del ámbito constitucionalmente reconocido a la libertad de información veraz. De hecho al final de la sentencia concluye que así ha sido, puesto que el artículo no fue el resultado de una diligente investigación periodística y no cumple, pues, la información el requisito de veracidad exigido por el artículo 20.1.d) CE: El escrito contiene hechos no veraces y otros hechos no están avalados por prueba alguna.

De las afirmaciones anteriores se extrae la idea de que en este caso no había necesidad de pronunciarse acerca de la posible titularidad del honor de las personas morales. Y sin embargo, con gran acierto, el Tribunal decide plantear de forma previa este tema, que califica además *«como la cuestión básica del presente debate»*.

Es esta cuestión, como he indicado, el objeto de este comentario. Para un adecuado análisis sigo los dos pasos que da el Constitucional para su resolución: en primer lugar, el estudio de si las personas jurídicas gozan de la titularidad de derechos fundamentales en general y, en segundo lugar, si gozan en concreto del honor.

III.1. Titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas

Aunque ya anteriores resoluciones abordan esta materia, la novedad de la STC 139/1995 de 26 de septiembre radica en que enumera, por primera vez, los dos criterios que permiten predicar un derecho fundamental de una persona moral: los **fines de la persona jurídica** y la **naturaleza del derecho fundamental**.

El Tribunal señala que nuestro ordenamiento no contiene ningún precepto que de forma general admita la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas ni tampoco uno que la niegue, a

diferencia de otros ordenamientos de Derecho Comparado (6). No obstante, sí hay un reconocimiento (que unas veces considera implícito y otras expreso) de derechos fundamentales para determinadas organizaciones en algunos preceptos constitucionales: libertad de educación de los centros docentes (Artículo 27), derecho de los sindicatos a fundar confederaciones (Artículo 28.1), libertad religiosa de las asociaciones de esta naturaleza (Artículo 16) ...

Es indiscutible que existen preceptos constitucionales que, según la diversa interpretación que se les dé, constituyen argumentos en favor o en contra de la titularidad de derechos fundamentales de las personas colectivas. Quizá el argumento más fuerte invocado por la doctrina en contra del reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales por estos entes personificados es el artículo 10.1 CE, precepto que sin duda responde a principios liberal-democráticos, propios del movimiento constitucional, y que supone la proclamación de que los derechos pertenecen a los individuos. Por su parte la literalidad del artículo 53.2 CE (emplea el término ciudadano) impide en principio a las personas jurídicas y a los extranjeros su consideración como sujetos de derechos fundamentales, pero el propio Tribunal Constitucional ha corregido la dicción de este precepto oponiéndose a una interpretación literal que disminuya la eficacia de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (STC 19/1983 de 14 de marzo —BOE 12.4.83—, STC 53/1983 de 20 de junio —BOE 15.7.83— y STC 241/92 de 21 de diciembre —BOE 20.1.93—).

En favor de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas la doctrina cita, además de los preceptos antes señalados que admiten la titularidad de derechos concretos en determinadas entidades, el artículo 9.2 CE, en la medida en que habla de igualdad y libertad de los grupos y el artículo 162.1.b) CE, que permite la interposición del recurso de amparo tanto a personas físicas como jurídicas, siempre que invoquen un interés legítimo. Pero tales artículos tampoco representan apoyos totalmente sólidos, ya que el artículo 9.2 CE no tiene por fin el reconocimiento de derechos fundamentales sino un mandato a

(6) Cita, a título ejemplificativo, el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, según el cual los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. Pero en Alemania han surgido múltiples y contradictorias interpretaciones del precepto. La doctrina dominante y el Tribunal Constitucional alemán estiman que la única razón de éste radica en el individuo como centro exclusivo de los derechos fundamentales. Esto es, las personas colectivas detentan derechos fundamentales sólo en la medida en que así se facilita la protección de los derechos de sus miembros. Otro grupo de autores —minoritario— postulan, en cambio, una lectura literal del 19.3, en cuanto que el precepto consagra la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas como tales. *Vid.* las diferentes posturas de la doctrina alemana en DÍAZ LEMA, J.M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», *RAP*, n.º 120, 1989, pp. 99-101. Al ejemplo alemán puede añadirse el artículo 12.2 de la Constitución Portuguesa, en virtud del cual «*las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza*».

Más información sobre estas dos Constituciones en GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, Texto de su ejercicio de titularidad de próxima publicación, UAM, diciembre, 1993, pp. 57.

los poderes públicos para que hagan efectivas la libertad e igualdad tanto de individuos como de grupos; y el artículo 162.1.b) se refiere a la legitimación para interponer el amparo constitucional y legitimación y titularidad son conceptos que han de diferenciarse (en este sentido las SSTC 19/1983 de 14 de marzo y 53/1983 de 20 de junio).

El primer criterio señalado por el Tribunal en la STC 139/1995 para la afirmación de la titularidad de derechos fundamentales en el caso de una persona moral son los *finés* de la misma. La argumentación del ponente es muy aguda, indica que no sólo deben reconocerse a una persona jurídica aquellos derechos que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines, sino también aquellos otros que protejan la existencia y la identidad del ente y que permitan, por tanto, de forma indirecta, el libre desarrollo de su actividad.

La adopción del criterio de los fines del ente en este sentido amplio que maneja el Constitucional es muy importante para la admisión del honor en las personas morales; quisiera aclararlo mediante un ejemplo. La finalidad de un sindicato es la tutela de los intereses económicos y profesionales de los trabajadores (los fines de una persona jurídica pueden venir establecidos en un precepto del ordenamiento, en los estatutos del ente o derivarse de su esencia). Es preciso, pues, que un sindicato goce de la titularidad de aquellos derechos que sean estrictamente necesarios para la protección de los citados intereses de los trabajadores. Así, del derecho de huelga, del derecho de reunión, del derecho de igualdad... En principio, como es fácilmente comprobable, el derecho al honor no está dentro del conjunto de derechos que facilitan al sindicato en sentido riguroso la salvaguarda de los intereses de naturaleza económica y profesional. Y, sin embargo, es preciso atribuir su titularidad al sindicato en cuanto derecho que garantiza la identidad y existencia del ente, identidad y existencia precisas para que la entidad lleve a cabo sus objetivos concretos. Cualquier persona jurídica (sea del tipo que sea) debe ser titular del derecho al honor en cuanto una organización siempre requiere del buen nombre y fama frente a terceros como garantía de su existencia y del libre desenvolvimiento de sus funciones. Si bien es cierto que las fundaciones deben ostentar un buen nombre para la recepción de donaciones o cualquier otra clase de contribuciones, no digamos nada de las sociedades, que se verían imposibilitadas para negociar con terceros sin esta reputación. En cambio hay otros derechos, como la libertad de creación de centros docentes, que no son necesarios ni para que el sindicato desarrolle la tutela de los intereses económicos y profesionales ni para la garantía de su existencia e identidad. (7)

El segundo criterio apuntado por el Constitucional, al que queda subordinado el anterior, es la *naturaleza del derecho fundamental en juego*, «en el sentido de que la misma permita su titularidad a una per-

(7) Vid. con mayor amplitud la distinción entre derechos fundamentales acordes con los fines de una persona jurídica y derechos fundamentales instrumentales al cumplimiento de tales fines en FERRER RIBA, J.: «Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor», *RJC*, 1996, n.º 3, pp. 149-157.

sona moral y su ejercicio por ésta». Este criterio de que la naturaleza del derecho en modo alguno repugne la aplicación a éstas del derecho ya lo indicó en la STC 137/1985 de 17 de octubre —BOE 8.11.1985—, en la que predica el derecho a la inviolabilidad domiciliar de una sociedad mercantil. Por el contrario, las personas jurídicas no detentan la titularidad ni del derecho a la vida, ni del derecho a la integridad física ni de la dignidad humana.

Estos dos criterios (fines de la persona jurídica y naturaleza del derecho) constituyen únicamente pautas generales y es labor del Tribunal Constitucional determinar en futuras resoluciones si cada derecho fundamental puede predicarse de las personas jurídicas. (8)

III.2. Titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas.

Tras la determinación de los criterios generales para la titularidad de los derechos fundamentales de las personas morales, el Constitucional subraya que «*el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental*» (el honor). De esta expresión se deduce la primera consecuencia importante a la hora de elegir la perspectiva más adecuada para la resolución de la titularidad del honor de las personas jurídicas: la perspectiva más correcta es el análisis del concepto de honor y no el análisis exclusivo del concepto de persona jurídica (ya sea mediante el estudio de su esencia, ya sea mediante el estudio de sus funciones) (9).

(8) Entiende CAMPOS PAVÓN, D.: «La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas», *La Ley*, 12 julio 1996, pp. 16 que la evolución más lógica del Constitucional tras esta sentencia sería que la titularidad de los derechos fundamentales en el caso de las personas jurídicas se viera limitada en el futuro exclusivamente por el criterio de la naturaleza de tales derechos y no ya por el de los fines de la entidad.

(9) La corriente doctrinal que parte únicamente del concepto de persona jurídica para la resolución de la materia se bifurca en dos direcciones principales, las tradicionalistas y las revisionistas, cuya diferencia radica en la consideración o no de la persona jurídica como un nuevo sujeto de derecho. Las tesis tradicionalistas estiman que la persona jurídica es un nuevo sujeto de derecho, o bien una creación jurídica (Teoría de la ficción) o bien una creación extrajurídica (Teoría orgánica). Estudian la esencia de la persona jurídica y en función de la diversa naturaleza otorgada se deduce la capacidad de tales sujetos. Para la teoría orgánica la persona moral es un ser viviente y real y posee honor como cualquier persona física. La teoría de la ficción, en cambio, considera que un sujeto artificial no goza nunca de reputación y excluye del ámbito de las normas protectoras del honor a las personas jurídicas. *Vid.* una explicación más amplia de estos planteamientos en CAPILLA RONCERO, R.: *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, pp. 88-89 y en GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni e i comitati. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1987, pp. 140-141 y en *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, Cedam, Padova, 1990, p. 184. De acuerdo con la corriente revisionista, que comienza a finales del siglo pasado con *Ihering*, no hay más sujeto de derecho que el hombre, la persona física. Las personas colectivas no poseen realidad, ni jurídica ni extrajurídica. De ahí que la expresión «honor de una persona jurídica» no es más que una metáfora, detrás no existe nada más que la reputación de las personas físicas que componen la asociación o la sociedad o que actúan por éstas. Con la afirmación de que ha sido ofendida la reputación de una persona jurídica sólo se indica que los miembros de la misma han sido lesionados de forma colectiva, esto es, *uti universi*. Mantienen esta última postura los autores citados en esta nota.

Con este planteamiento no estoy negando que deba partirse de un determinado concepto de persona jurídica, precisamente el acogido por la mayoría de la doctrina que estima que la atribución o reconocimiento de la personalidad jurídica a una organización tiene como efecto jurídico la conversión del ente en un nuevo sujeto de derecho diverso de sus miembros, con capacidad jurídica propia y patrimonio autónomo. Pero una vez adoptado tal presupuesto, la conclusión de si las personas colectivas gozan del honor depende, en última instancia, de la naturaleza del derecho al honor, es decir, de si este derecho, en virtud de su esencia, es aplicable a las personas jurídicas. La experiencia histórica es suficientemente ilustrativa de la oscuridad del concepto de persona jurídica: las teorías respecto al mismo, contradictorias entre sí, se han sido sucediendo sin fin desde el siglo XIX, siglo en que se elabora el concepto moderno de persona jurídica por la pandectística alemana. La resolución de cualquier cuestión relacionada con los entes personificados a partir de la utilización exclusiva del término de persona jurídica es un camino, no me atrevo a decir equívocado, pero sí un tanto inútil.

La adopción del criterio de la naturaleza del derecho como fundamental para decidir la titularidad de las personas jurídicas alcanza además pleno sentido en el caso del derecho al honor, ya que ninguno de los preceptos existentes en nuestro ordenamiento que tutelan el honor aclaran de forma expresa la cuestión. El artículo 18.1 CE consagra el derecho al honor de manera genérica sin hacer ninguna referencia a sus posibles titulares y la LO 1/1982 mantiene silencio al respecto, aunque parte de la doctrina ha deducido de algunos de sus preceptos que su ámbito de aplicación se circunscribe a la persona física.

Respecto al concepto de honor, su definición no se encuentra en ninguna rama del ordenamiento jurídico y de ahí su calificación por el Tribunal Constitucional como concepto jurídico indeterminado (idea ya reiterada en las anteriores SSTC 223/92 de 14 de diciembre —BOE 19.1.93— y 170/1994 de 7 de junio —BOE 9.7.94—). La clarificación del concepto exige acudir a fuentes extralegales y en concreto el Tribunal acoge la definición del Diccionario de la Real Academia Española, que asocia el concepto de honor a la buena reputación.

Es una afirmación prácticamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que el honor se desdobra en dos facetas: el aspecto subjetivo (autoestima, sentimiento de la propia dignidad) y el aspecto objetivo (estima de los demás, reputación, fama) (10). Una persona jurídica

(10) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, 14.ª ed., Reus, 1984, pp. 390; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: «La protección al honor en el derecho español», *RGLJ*, 1957, pp. 689; FELIÚ REY, M.I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?...*, cit pp. 11; GANGI, C.: *Personae fisiche e personae giuridiche*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1948, pp. 184; IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS 13.12.1984», *CCJC*, n.º 7, 1985, pp. 2245; ROMERO COLOMA, A.: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, 1985, pp. 62. Vid. en este sentido las SSTS 23.3.1987 Ar. 1716, 26.6.1987

no puede ver lesionado el aspecto subjetivo de su honor en cuanto no hay en ella tal sentimiento de la propia dignidad al carecer de capacidad de sufrimiento. Pero sí goza de reputación, de la faceta objetiva del honor. El mantenimiento de «este concepto objetivista del honor» es el argumento principal sostenido por el Constitucional para apoyar la idea de que el honor, por su naturaleza, es un derecho predicable de las personas morales.

La resolución del Constitucional hasta aquí es muy clara, aunque después la argumentación del Ponente se hace complicada y oscura, fundamentalmente porque se ve en la obligación de conciliar la afirmación hecha del reconocimiento del aspecto objetivo del honor a las personas jurídicas y la afirmación realizada en anteriores sentencias del carácter personalista del derecho al honor en cuanto derecho referido a personas individualmente consideradas. La interpretación doctrinal casi unánime de esta última expresión es que el honor es un derecho sólo de las personas físicas. Sin embargo creo que existe otra interpretación mejor: tal expresión únicamente significa que la lesión del honor, debido al carácter individualista del derecho, ha de dirigirse siempre a persona concreta y singular. De ahí que no haya problemas en el reconocimiento del honor a personas jurídicas (pues en ellas el ataque se dirige a un ente fácilmente identificable como tal porque posee un domicilio, una denominación, unos órganos de representación, unos fines... propios diversos de los miembros) y en cambio sí los hay en el caso de los colectivos (grupos informes de personas sin ningún tipo de organización). La difamación de colectivos queda reducida a la determinación de los criterios necesarios para concluir si un miembro o algunos de los miembros del grupo han sufrido una lesión de su honor.

Como resumen, pueden citarse dos argumentos principales por los que el Tribunal afirma la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas: por una parte, la naturaleza del honor (faceta objetiva) y, por otra, se trata de un derecho necesario para la salvaguarda de la identidad de la persona moral y, por consiguiente, para la realización de sus fines.

Creo que el Constitucional hubiera podido utilizar algún argumento más para el reconocimiento del honor a las personas colectivas, también relacionado con el concepto de honor. Las declaraciones hechas suponen un ataque al prestigio profesional de la sociedad mercantil. El Tribunal Constitucional ha sostenido en la STC 40/1992 de 30 de marzo (BOE 6.5.92), después de una larga polémica, que, si bien honor y prestigio profesional son conceptos diversos, en ocasiones la lesión del

Ar. 4824, 23.2.1989 Ar. 1250, 24.4.1989 Ar. 3254, 12.5.1989 Ar. 3763, 1.6.1992 Ar. 649, 31.7.1992 Ar. 6508, 4.2.1993 Ar. 824, 2.3.1993 Ar. 1662 y 19.5.1994 Ar. 4101. Hay una corriente minoritaria que entiende que honor y fama son conceptos jurídicos diversos: CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Temas de Derecho Civil*, 1972, pp. 17, FLORENSA TOMÁS, C.E.: *Voz «Personalidad»*, NEJ, Seix, 1958, pp. 649 y ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pp. 157-158 (nota de pie p. 141).

prestigio profesional, cuando excede de los límites de la crítica profesional, puede implicar una lesión al honor del artículo 18.1 CE. A mi juicio de los hechos del caso se deduce que las declaraciones recogidas en la revista dañan el prestigio de la sociedad mercantil, prestigio mercantil que está en relación de especie-género con el prestigio profesional. Las siguientes afirmaciones sobre el modo en que la persona jurídica realiza su trabajo superan la crítica profesional y vulneran el derecho al honor de ésta: «...toda vez que han estado sobornando a la Guardia Civil para transitar sin permiso y sin tarjetas, para extraer arenas de las dunas, y para encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas».

Es preciso, y con ello termino este epígrafe, matizar una idea que sostiene tanto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones en este recurso de amparo como la jurisprudencia en alguna de sus sentencias (en concreto, en la STS de 9 de diciembre de 1993, que es la resolución contra la que se interpone el presente recurso de amparo, y en la STS de 5 de abril de 1994, que reitera la de diciembre de 1993 y la amplía). Representa ésta una postura doctrinal que también defiende la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, pero a través de otra argumentación diversa a la que mantiene el Tribunal Constitucional en esta sentencia que ahora comento. Tal postura concede el derecho al honor a una persona jurídica en función de los miembros de la misma. Es decir, parte de que los verdaderos titulares del derecho al honor son las personas físicas que integran la persona moral y cualquier ofensa a ésta última siempre trasciende a los miembros, que son los realmente afectados. De esta tesis se desprenden una serie de consecuencias:

1. No hay distinción entre el honor de una persona jurídica y el honor de los miembros de ésta. De ahí que no sea necesario, por una parte, la determinación de los criterios que permiten discernir cuándo la lesión del honor de una persona jurídica implica difamación de alguno o algunos de los miembros y viceversa. Por otra parte, no ha lugar a que prospere, por consiguiente, la acumulación de pretensiones de los socios afectados por la lesión autónoma de su honor con la pretensión de la persona moral difamada. La tutela del honor de los miembros ya queda incluida en el reconocimiento del honor de la persona jurídica. El siguiente párrafo de la STS de 5 de abril de 1994 ejemplifica las ideas anteriores (en ella los demandantes ofendidos en su honor son Luxury, SA y dos miembros de ésta, Don Paco C.E. y don Pablo J.M.):

«Ocurre, sin embargo, que este razonamiento y su doctrina que esta sentencia asume es, a su vez incompatible, con cualquier reparación de las personas de los socios que sean sus propietarios, directores o partes como sujetos autónomos que puedan también acumulativamente considerarse agravados dado que, en todo caso, la razón de hacer extensiva, aun-

que de forma matizada, la protección a las personas jurídicas, descansa, precisamente, en la proyección o repercusión que tenga sobre sus socios o componentes, coetáneos al tiempo de la agresión u ofensa. Esto es, que en estos casos no ha lugar a que prospere ninguna acumulación de pretensiones de los socios con la sociedad, basadas en los mismos hechos».

2. Si la causa del reconocimiento del derecho al honor de una persona jurídica queda reducida a la tutela del honor de sus miembros, esta causa puede constituir una objeción para la afirmación del honor a las personas jurídicas de substrato patrimonial. Este es el caso de las fundaciones, definidas tradicionalmente por la doctrina como patrimonios destinados a un fin, o incluso el de las sociedades anónimas, en las que el gran número de componentes a veces lleva consigo que las personas queden diluidas en cuanto tales. Tal objeción ha sido puesta de relieve por parte de la doctrina alemana, que niega la titularidad de derechos fundamentales a las fundaciones (11).

No estimo correcta esta perspectiva que predica la titularidad del honor de las personas colectivas simplemente con el objetivo de preservar el derecho al honor de sus miembros. La persona jurídica tiene un carácter instrumental, es decir, sirve para la consecución de intereses humanos en cuanto la limitación intrínseca del hombre impide el desempeño individual de determinadas empresas que él se propone. Por consiguiente, el reconocimiento de un derecho fundamental a un ente personificado siempre posee como causa, en última instancia, la protección de los intereses humanos que están detrás (interés presentes tanto en las personas jurídicas de substrato patrimonial como en las personas jurídicas de substrato personal). Pero no hay incompatibilidad entre la idea anterior y la afirmación de que la titularidad del derecho fundamental (en este caso, del honor) se afirma del ente en cuanto tal, con independencia de que la lesión trascienda o no a los miembros de la entidad. Precisamente he indicado que la consecuencia que nues-

(11) Es posible apreciar incluso en nuestro Tribunal Supremo esta orientación que niega el honor a las personas jurídicas de substrato patrimonial. En este sentido el primer indicio al respecto es la **STS 5 de octubre de 1989**, sentencia en la que el PSOE reclama reparación de su honor. El Supremo apunta la inconveniencia de otorgar un trato uniforme en la titularidad del honor a todas y cada una de las personas jurídicas, de manera que debe distinguirse entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista representado por una colectividad de individuos (*universitates personarum*) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (*universitates honorum*). Tanto la **STS de 9 de diciembre de 1993** como la **STS de 5 de abril de 1994** enumeran, entre los factores relevantes para el reconocimiento del honor a las personas morales, el carácter personalista de la entidad, el limitado grupo de sus componentes y el estrecho círculo en que desenvuelven sus actividades, «*circunstancias que hacen inevitable la trascendencia de la ofensa a las personas individuales que integran el ente social*».

tro ordenamiento prevé para la concesión o atribución de personalidad jurídica a un ente es su conversión en un nuevo sujeto de derecho, con capacidad jurídica propia diversa de sus miembros. Todas las personas morales, sea cual sea su substrato, detentan derecho al honor en cuanto tales, aunque en último término el reconocimiento de este derecho preserve la existencia e identidad del ente para que éste realice sus fines y, por tanto, sirve a los intereses humanos que hay detrás. Este planteamiento que mantengo permite diferenciar, pues, como cuestiones autónomas la lesión del honor sufrida por la persona jurídica y la difamación de alguno o algunos de los miembros, difamaciones que dan lugar a reparaciones diversas, aunque ambas se soliciten en el mismo procedimiento.

IV. VALORACIÓN GLOBAL DE LA SENTENCIA

El mérito fundamental de esta resolución es que se trata del primer pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional respecto a la cuestión de la titularidad del derecho al honor de las personas colectivas, que zanja la polémica doctrinal y jurisprudencial existente a raíz de la STC 107/1988 de 8 de junio. A partir de esta resolución el Tribunal Supremo dejará su línea vacilante en esta materia y adoptará de nuevo una doctrina uniforme al respecto (tal y como ocurre antes de la STC 107/1988). No obstante, con esta sentencia no se agotan todos los temas relacionados con el honor de una persona jurídica, o bien porque no se plantean en los hechos del caso o bien porque el Constitucional los aborda de forma confusa.

IV.I. Aspectos clarificados

1. El más importante, sin duda, es la afirmación expresa del **derecho al honor de las personas jurídico-privadas**. El Tribunal insiste reiteradas veces a lo largo de la sentencia en que admite el honor de «Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.» en cuanto persona jurídico-privada. De aquí se deduce, o que niega de modo implícito el honor a las personas jurídico-públicas (entidades encuadradas en la organización estatal) o que no se pronuncia al respecto, ya que el caso planteado es el de una sociedad mercantil. A mi juicio ni las personas jurídico-públicas ni el Estado deben gozar de la titularidad de derechos fundamentales por varias razones. Por una parte, porque una organización administrativa no se encuentra frente a otra en una situación que ponga en peligro su esfera de intereses más importantes, de forma análoga a la que está el individuo frente al Poder. Segundo, porque en las relaciones entre las diversas administraciones no rigen los derechos fundamentales sino las normas de organización cuyo fin consiste en la delimitación de las competencias. El acceso al amparo por parte de una

organización administrativa supone desvirtuar el significado del recurso de amparo. No considero una excepción el caso en que las personas jurídico-públicas actúen sometidas al Derecho Privado, pues tampoco aquí están en una situación similar a la de un particular. Aún en forma privada la Administración tiene ciertos privilegios. Es cierto que el Constitucional ha reconocido determinados derechos fundamentales a personas jurídico-públicas (SSTC 4/1982 de 8 de febrero —BOE 26.2.82—, 19/83 de 14 de marzo, 64/88 de 12 de abril —BOE 4.5.88—, 67/91 de 22 de marzo —BOE 24.4.91—, 100/93 de 23 de marzo —BOE 27.4.93— y 114/1993 de 29 de marzo —BOE 5.5.93—), pero en la inmensa mayoría de las ocasiones estos derechos han sido el artículo 24.1 CE o el artículo 14 CE, que parte de la doctrina estima más que derechos fundamentales garantías objetivas del proceso.

2. No carece de relevancia el hecho de que el Tribunal haya afirmado el **derecho al honor de una sociedad mercantil**, es concreto de una sociedad anónima. Dos razones enumera la doctrina por las que defiende la exclusión de las sociedades mercantiles del ámbito del artículo 18.1 CE. En primer lugar, el prejuicio existente respecto al fin perseguido por este tipo de personas jurídicas (fin de lucro, fin «egoísta» por excelencia). En segundo lugar, el prestigio o crédito de las sociedades mercantiles es un bien de naturaleza patrimonial cuya lesión provoca daños materiales y, por consiguiente, éstas no deben beneficiarse del trato privilegiado que prevé la LO 1/1982, normativa dirigida a la tutela de derechos fundamentales (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) y no para la tutela de bienes de rango inferior (12).

Sin embargo, no hay razones para la negación del derecho al honor de las sociedades mercantiles, ya que -como toda persona jurídica- poseen honor en sentido objetivo y además una lesión de su prestigio profesional puede implicar vulneración de su honor. La corriente doctrinal antes mencionada que excluye a las sociedades mercantiles de la titularidad del honor cae en una confusión cuyo origen se remonta al ligamen tan intenso que hay entre la reputación económica y los bienes materiales que se obtienen gracias a la posesión de la misma. El hecho de que mediante el prestigio mercantil se consigan bienes materiales no implica que la reputación económica se convierta en un bien de naturaleza patrimonial. Una cosa es el daño moral directo que deriva de la lesión de la reputación económica en sí misma considerada (bien de carácter personal) y otra distinta los daños patrimoniales que surgen indirectamente como consecuencia de la lesión a la reputación.

(12) GARRIDO, J.M.: «El derecho al honor de las sociedades mercantiles en el ordenamiento inglés», *ADC*, 1991, pp. 756 y HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen...*, cit. pp. 256.

El reconocimiento del derecho al honor a una sociedad mercantil no significa que todas y cada una de las vulneraciones del honor de tal sociedad reciban tutela a través de la LO 1/1982, ya que en ocasiones los ataques al honor mercantil constituyen actos de competencia desleal denigratorios (o actos de publicidad denigratoria). La delimitación de cuándo una lesión de la reputación de una sociedad mercantil es mero acto de difamación y cuándo es acto de competencia o de publicidad desleal excede del objeto de este comentario. Baste aquí señalar que mientras un acto de difamación lesiona de manera primaria el honor, en el acto de competencia desleal denigratorio el descrédito no es más que un instrumento para la vulneración de la competencia, que es el bien jurídico lesionado en un acto desleal. (13)

3. Una vez otorgado el derecho al honor a las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional añade que éstas se benefician de la **presunción del daño del artículo 9.3 LO 1/1982**, de manera que obtienen una indemnización de daños y perjuicios (o cualquier otra de las medidas previstas en la ley) con la mera acreditación de la intromisión ilegítima, sin necesidad de probar el daño. Si de acuerdo con la doctrina mayoritaria el artículo 9.3 LO únicamente presume el daño moral y no el patrimonial, y las personas jurídicas gozan del beneficio de este precepto, entonces éstas pueden sufrir daños morales. Esta última afirmación conduce a la adopción de un concepto amplio de daño moral, de manera que éste no quede reducido a sufrimientos físicos o psíquicos y a padecimientos del ánimo. Se ocasiona, por tanto, un daño moral siempre que se impide o dificulta la satisfacción de un interés sin disminución de un patrimonio, o cuando pierde prestigio una persona moral a consecuencia de una campaña difamatoria realizada contra ella» (14).

4. Esta resolución, por último, aclara que efectivamente en su anterior pronunciamiento (STC 214/1991 de 11 de noviembre —BOE 17.12.91—) reconoce el derecho al honor del colectivo de los judíos. Otra resolución posterior —STC 176/1995 de 11 de diciembre (BOE 12.1.1996)— vuelve a afirmar la titularidad del derecho al honor por el pueblo judío. Tal reconocimiento, sin embargo, deja interrogantes abiertos respecto a los problemas sustantivos y procesales

(13) Para más información me remito a mi libro, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, de próxima publicación en Montecorvo.

(14) Admiten la existencia de daños morales en las personas jurídicas ALVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral», *ADC* 1966, pp. 83; BATLLÉ VÁZQUEZ, M.: «La evaluación del daño moral en las personas», *Centenario de la Ley del Notariado*, Vol. II, Madrid, 1962, pp. 489; GÓMEZ ORBANEJA, E.: «La acción civil del delito», *RDP*, 1949, pp. 202 y GARCÍA SERRANO, F.A.: «El daño moral extracontractual en la Jurisprudencia civil», *ADC*, 1972, pp. 806 (nota de pie p. 31). Mantienen, en cambio, la opinión contraria ANGEL YAGÜEZ, R. DE: *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., 1993, pp. 688; ESTRADA ALONSO, E.: «El derecho al honor de las personas jurídicas», *Poder Judicial*, Jornadas Nacionales sobre la libertad de expresión y medios de comunicación, La Laguna, 1990, pp. 102 y 107; FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, pp. 45 y MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994, pp. 46.

derivados de la admisión de la difamación de colectivos (al menos en el Derecho Civil) y en los que el Constitucional no entra debido a la estricta finalidad perseguida por el recurso de amparo. Estos problemas son, entre otros, la legitimación, la multiplicidad de pleitos, la extensión del fallo a todos los miembros del colectivo y su incompatibilidad con los principios de relatividad de cosa juzgada y de contradicción, el concepto de responsabilidad civil y la reparación del daño. Baste aquí con su enumeración. (15)

IV.2. Cuestiones no clarificadas

A continuación apunto aquellos temas relacionados con la titularidad del honor de las personas jurídicas que, o bien no aclara suficientemente la STC 139/1995 de 26 de septiembre, o bien no están presentes en los hechos del caso. Sólo los menciono, pero cada uno de ellos merecen ser objeto de un estudio independiente.

1. Aún no se ha planteado ante el Constitucional ningún supuesto del **derecho al honor de asociaciones no reconocidas, sociedades irregulares y fundaciones no inscritas**. Esta es una materia que no ha recibido tampoco tratamiento por parte de nuestra doctrina, a diferencia de lo ocurrido en el ordenamiento italiano, en el que doctrina y jurisprudencia mayoritaria admiten la titularidad del honor de los «*enti di fatto*». Probablemente la razón de tan extenso tratamiento en el país vecino radique en que entidades de gran peso político y social carecen de personalidad jurídica en este sistema, como los sindicatos, partidos políticos...

Sería interesante, sin duda, que el Tribunal se pronunciara sobre el derecho al honor de los entes no inscritos y que resolviera además como cuestión previa si realmente tiene sentido en nuestro ordenamiento hablar de entes de hecho. Esto requiere solventar el debate doctrinal en torno a si la personalidad jurídica de un ente está vinculada o no a la publicidad o simplemente depende de la voluntad negocial de las partes.

2. En esta resolución que comento sólo demanda vulneración de su honor la persona jurídica «Lopesan, Construcciones y Asfaltos, S.A.» y no hay otras demandas de los miembros que soliciten reparación de su honor individual (al revés de lo sucedido en la STS de 5 de abril de 1994). De ahí que no se haya suscitado la cuestión de la determinación de los criterios precisos para discernir cuándo de la lesión del honor de una persona jurídica deriva lesión del honor de uno o varios miembros de la misma y viceversa. De esta materia tampoco se ha ocupado la doctrina española y sí apunta algunos criterios la doctrina extranjera (sobre todo en el *Common Law*). Tampoco se plantea, pues, la posibilidad de que la persona jurídica difamada pueda solicitar tam-

(15) Nuevamente para esta cuestión mi libro *El derecho al honor de las personas jurídicas* (en prensa).

bién, además de la reparación de su propio honor, la reparación del honor de sus miembros. Y al contrario. La admisión de esta posibilidad exige el análisis de la expresión «interés legítimo» del artículo 162.1.b) CE, precepto que probablemente constituye la base constitucional para la defensa de un derecho fundamental ajeno y, en concreto, para que una persona jurídica accione la defensa de los derechos fundamentales de sus miembros.

3. No aclara esta sentencia de forma satisfactoria a qué tipo de entidades el Tribunal Constitucional ha negado el derecho al honor en sus anteriores resoluciones (STC 107/88 de 8 de junio, STC 51/1989 de 22 de febrero y STC 121/1989 de 3 de julio), de las que —como he indicado al principio de este trabajo— la doctrina de forma mayoritaria y parte de la jurisprudencia han deducido la exclusión de las personas jurídicas del ámbito del artículo 18.1 CE. Si ahora la STC 139/1995 de 26 de septiembre representa el primer pronunciamiento acerca del honor de las personas jurídicas (al menos de las jurídico-privadas), es necesario preguntarse cuáles son las entidades a las que se refiere en sus anteriores sentencias, esto es, qué son las clases determinadas del Estado e instituciones públicas. Hay un párrafo muy breve en la STC 139/1995 que intenta aclararlo, aunque realmente no lo consigue. Lo transcribo por el interés que posee en este momento:

«Con posterioridad a esta sentencia 107/88, en la que se considera el honor de una persona jurídico-pública, la STC 51/1989 trata del honor de una institución y la STC 121/1989 de una clase determinada del Estado...».

Estas líneas únicamente generan mayor confusión, entre otros motivos, porque sorprende que el Ponente considere al Poder Judicial (que es el sujeto activo del honor tanto en la STC 107/1988 como en la STC 121/1989) en un caso persona jurídico-pública y en el segundo caso clase determinada del Estado, cuando además del texto transcrito se desprende que el Ponente no ha utilizado ambos términos como sinónimos. Difícilmente puede identificarse al Poder Judicial o al Ejército (éste último es el sujeto afectado por la ofensa en la STC 51/1989) con las personas jurídico-públicas (menos aún con las personas jurídico-privadas), porque en ambos casos se está ante órganos (Poder Judicial) y partes de órganos (las Fuerzas Armadas están incluidas dentro de la Administración Pública) pertenecientes a la persona jurídica estatal (y en opinión del profesor Salvador Coderch ante colectivos cualificados por su función pública).

Las clases determinadas del Estado e instituciones públicas carecen de la titularidad del honor del artículo 18.1 CE. Por una parte, porque debido al carácter público de la función que desempeñan no tiene sentido atribuirles derechos fundamentales (por idénticas razones a las señaladas para el Estado y el resto de las personas jurídico-públicas). Por otra, porque en las ofensas a estas entidades están en juego otro tipo de bienes jurídicos diversos al honor (dignidad, prestigio, autoridad moral) que reciben, en cambio, una protección penal singular.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Años 1993-1994)

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
MARÍA EULALIA AMAT LLARI
Profesores Titulares de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

EL DERECHO CIVIL CATALÁN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

En el transcurso de los años 1993 y 1994 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado treinta y siete sentencias que resuelven recursos de casación en materia de derecho civil catalán. De las treinta y siete resoluciones dictadas, veintitrés corresponden a 1993 y catorce a 1994.

Es oportuno poner de manifiesto que de las treinta y siete sentencias dictadas, veintiocho desestiman el recurso de casación interpuesto, cinco lo estiman íntegramente y las cuatro restantes parcialmente.

La reseña de las resoluciones mencionadas consiste, básicamente, en el análisis de las cuestiones de derecho civil catalán que se resuelven en las sentencias que ponen fin a los recursos de casación formulados. Para su estudio y análisis se agrupan las sentencias dictadas en los cuatro bloques siguientes: derecho de obligaciones y contratos, derecho de sucesiones, derechos reales y derecho de familia.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por lo que respecta al derecho de obligaciones y contratos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de resolver las cuestiones que se recogen en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 8 de febrero de 1993.

Doña Mercedes S.-A. F. c/ F. de la C., S.A.T.

Doña Mercedes S.-A. F. interpuso en 1990 demanda en la que ejercitaba acción de rescisión por lesión «ultra dimidium» con relación a la venta de un bien inmueble celebrada en 1986. La actora basaba su pretensión en el hecho de que el precio que se expresó en la escritura era inferior en más de la mitad al justo precio que correspondía a la finca. Asimismo la actora, al observar que en la escritura aparecía una cláusula de renuncia a la acción de rescisión, postulaba de forma alternativa una acción de nulidad del contrato, con base en una pretendida simulación, al no existir, a juicio de la misma, el elemento esencial del precio en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia de Tortosa desestima íntegramente la demanda de la actora con imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Tarragona, ésta confirma íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e impone las costas al apelante.

Doña Mercedes S.-A. F. formaliza recurso de casación con fundamento en los siguientes motivos. El primer motivo de casación, con base en el artículo 1.692.3. L.E.C., alega el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento, por cuanto la prueba de confesión no pudo realizarse al no haber llegado la citación correspondiente a la actora. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza el primer motivo de casación, en primer lugar, por cuanto ninguna referencia se efectúa en segunda instancia a este defecto procesal y, en segundo lugar y a mayor abundamiento, porque del examen de las actuaciones de primera instancia se observa que la citación para la prueba de confesión en juicio se hizo de acuerdo con las formalidades legales.

El segundo motivo de casación se fundamenta al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., por un pretendido error en la apreciación de la prueba. Considera la parte recurrente que de las pruebas practicadas se deriva que no hubo precio y que, por tanto, existe una clara discrepancia entre la voluntad real y la declarada y, por otra parte, que se trata de una ficción de compraventa que lesiona a la vendedora en cuanto al precio. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que no se denuncia correctamente el error padecido ni se designa con precisión el documento revelador del mismo, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige los referidos requisitos para que pueda apreciarse el motivo aducido. Asimismo, opina el Tribunal Superior que es difícil compaginar el ejercicio de las acciones en forma alternativa, al incurrir en graves contradicciones en su formulación, como sucede al plantearlo bajo el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El tercer y último motivo del recurso se fundamenta en el ordinal quinto (actual cuarto) del artículo 1.692 L.E.C. y aduce infracción de normas del ordenamiento jurídico catalán (arts. 321 y 323 C.D.C.C.) y de la jurisprudencia. Por lo que respecta a la jurisprudencia alegada, relativa a la nulidad de contrato de compraventa por simulación del precio, validez de las declaraciones efectuadas ante notario y a la divergencia entre la voluntad real y la declarada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no la considera infringida, ya que la parte recurrente no ha probado los supuestos que la harían aplicable. Por lo que atañe a los artículos presuntamente infringidos, el Tribunal rechaza la argumentación del recurrente, puesto que la sentencia combatida examinó y decidió la inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo. Asimismo, opina el Tribunal Superior que la renuncia a la acción de rescisión por lesión (*cf.* art. 322 C.D.C.C.) sólo es viable después de celebrado el contrato lesivo, aunque en Tortosa y su antiguo territorio pueda efectuarse en el mismo contrato.

La desestimación de todos los motivos lleva aparejada la del recurso de casación con imposición de costas al recurrente.

II.— Sentencia de 22 de marzo de 1993.

F. de M. S.A. *c/* Ramón R.T.

F. de M. S.A. y Ramón R.T. celebraron un contrato de arrendamiento de una nave industrial con una duración de cinco años y con una renta mensual de 120.000 ptas, y otro de opción de compra de la nave, por un plazo de cinco años, a contar desde el 1 de enero de 1986 y por un precio de 24 millones, que se incrementaría en un 5 % si se ejercitaba la opción antes de 1 de enero de 1990.

F. de M. S.A. interpuso demanda contra Ramón R.T. en la que solicitaba que se declarase la validez del contrato de opción de compra y se condenase al demandado a otorgar la escritura de compraventa con la imposición de las costas del juicio.

Don Ramón R.T. se opuso a la demanda y formuló reconvenición en la que suplicaba que se declarase la rescisión de la compraventa por lesión «*ultra dimidium*», sin perjuicio de lo que dispone el artículo 325 C.D.C.C., con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, desestimó en su totalidad la reconvenición y le impuso las costas al demandado.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Girona desestimó el recurso y confirmó en su integridad el fallo de la sentencia de primera instancia, sin imposición de costas al apelante.

Don Ramón R.T. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con base en los siguientes motivos: el primero, al am-

paro del artículo 1.692.4 L.E.C., aduce interpretación errónea del artículo 321 C.D.C.C. en relación con las sentencias que se citan del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Barcelona, y el segundo, amparado asimismo en el ordinal cuarto del artículo 1.692, por no aplicación de los artículos 323.2, 325 y concordantes de la Compilación.

Por lo que respecta al primer motivo del recurso, la sentencia impugnada considera que la existencia de lesión y la rescisión han de supeditarse al momento posterior de la suscripción de la escritura pública y transmisión del inmueble y abono de su precio. Ante ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con la sentencia del propio Tribunal de 7 de octubre de 1992, entiende que es necesario deslindar contrato traslativo de dominio de transmisión del mismo. Así mientras que el contrato traslativo es una vocación, una idoneidad o disposición, en cambio, la transmisión es un efecto, y, señala el Tribunal, que para la rescisión por lesión es suficiente el primero. Por tanto, no se requiere ni entrega de la posesión ni efecto transmisivo de la propiedad. A ello añade el Tribunal Superior razones de economía procesal y de tutela judicial efectiva ex artículo 24 C.E. que conducen, junto con las consideraciones anteriores, a la estimación del primer motivo del recurso.

Estimado el primer motivo, debe centrarse el análisis en la existencia o no de lesión en el momento de perfección de la compraventa, esto es, en la fecha en que el vendedor recibe la comunicación del optante ejercitando su derecho. El segundo motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 323.2, 325 y concordantes de la Compilación.

Por lo que respecta a la existencia o no de lesión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima que los dictámenes de la parte recurrente no vienen referidos a datos objetivos o referidos a edificaciones similares de la localidad, tal y como preceptúa el artículo 323.2 C.D.C.C. y que no existen otras pruebas en los autos que apoyen la valoración del recurrente, tendente a poner de manifiesto la lesión en más de la mitad del precio justo. Consecuentemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al no haberse probado la lesión, desestima el segundo motivo del recurso y el recurso de casación. Por lo que atañe a las costas no se hace imposición especial en el recurso de casación y de acuerdo con lo que dispone el artículo 523 L.E.C. tampoco en las causadas en las instancias.

III.— Sentencia de 1 de junio de 1993.

Don Juan P. V. c/ P.R. S.A.

Don Juan P.V. interpuso demanda contra P.R. S.A., en la que solicitaba que se condenara a P.R. S.A. al pago de las cantidades correspondientes derivadas del contrato de compraventa de maquinaria

(1.717.000 ptas.), vencidas en el momento de la interposición de la demanda, más los intereses legales y de demora desde el impago o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda; que se condenase a P.R. S.A. al pago de las cantidades correspondientes al contrato de compraventa que se devenguen a partir de junio de 1990; que se declare que la compraventa es nula, ya que el precio es inferior a la mitad del valor justo y se obligue a P.R. S.A. a la restitución de las fincas contra entrega de la cantidad percibida, más los frutos e intereses devengados; que se ordene que otorgue la pertinente escritura pública y, para el caso de que se evite la rescisión mediante el pago del complemento del precio, se le exija el pago de intereses de la citada cantidad desde la consumación del contrato, y, que se condene a P.R. S.A. al pago de 1.200.000 ptas. que se adeudan al actor como secretario del Consejo de Administración, así como los intereses legales y de demora de la citada cantidad. También solicitaba el demandante la imposición de las costas si la oposición del demandado devenía temeraria o de manifiesta mala fe.

La demandada se opuso a la demanda solicitando que se desestimase la demanda y se absolviera al demandado, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó parcialmente la demanda y condenó a P.R. S.A. a abonar la cantidad reclamada de 1.717.000 ptas., más los intereses legales desde la interposición de la demanda y las mensualidades vencidas y no satisfechas, así como la cantidad de 1.200.000 ptas., más los intereses legales desde la interposición de la demanda, por el cumplimiento de su cargo en el Consejo de Administración. El resto de pretensiones fueron rechazadas, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y siendo las comunes por mitad.

El actor interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la resolución de instancia.

Formalizado recurso de casación, éste se fundamenta en cinco motivos. Téngase presente que en el caso enjuiciado se trata de una finca sita en Aragón, no obstante ser las partes de vecindad civil catalana, y que los cinco motivos del recurrente se dirigen a defender la aplicación de las normas relativas a la rescisión por lesión de la Compilación de derecho civil de Cataluña.

Los dos primeros motivos de casación aducen infracción del artículo 10.5, en relación con el 16.1. y 10.9 del Código civil. La parte recurrente sustenta que la acción de rescisión por lesión «ultra dimidium» tiene su origen en una obligación legal y no contractual y que, por tanto, el conflicto de derecho interregional ha de resolverse según el artículo 10.9 y no conforme al 10.5 del Código civil. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza los dos motivos, puesto que entiende que no se trata de una obligación legal, sino que es una facultad deri-

vada de los contratos de carácter oneroso relativos a bienes inmuebles que permite al enajenante, que haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo, rescindirlos pese a que concurren todos los requisitos necesarios para su validez. En consecuencia, al ser de aplicación el artículo 10.5 C.c., se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles, en defecto de sometimiento expreso, la ley del lugar donde están situados. En ese sentido, el Tribunal Superior acoge la solución que ya dictó el TS en sentencia de 8 de junio de 1874, 7 de julio de 1879 y 9 de noviembre de 1904, así como el propio Tribunal Superior en sentencia de 7 de octubre de 1991.

Los restantes tres motivos de casación se fundamentan en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., por pretendida infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables y se invocan como infringidos los artículos 321 y 322 C.D.C.C. y 1.290 del Código civil. Como es de ver, en la resolución de los dos primeros motivos de casación quedó de manifiesto la no aplicación al presente supuesto de la Compilación, con lo que los presentes motivos son desestimados.

El rechazo de todos los motivos de casación lleva aparejada la desestimación del mismo y la imposición de las costas al recurrente, según lo dispuesto en el artículo 1.715 L.E.C.

IV.— Sentencia de 5 de octubre de 1993.

Suzanne I.L. c/ Ferran M.C. y otros.

El marido de la actora, que ostentaba plenos poderes que ésta le otorgó en 1977, procedió en 1987 a la venta en favor de los demandados de dos viviendas y tres plazas de garaje. El mismo día los propios otorgantes suscribieron documentos privados por los que los compradores vendían a la actora las mismas fincas que ésta les había vendido.

En 1990, Suzanne I.L. presentó demanda de juicio ordinario de menor cuantía en la que ejercitaba acción de rescisión por lesión «ultra dimidium», y con carácter subsidiario acción de recompra de las fincas citadas, con base en los citados documentos privados. Los demandados contestaron a la demanda y sostuvieron que el precio satisfecho era el normal de mercado y que se había abonado además de la cantidad que figuraba en la escritura otras cantidades.

En 1988 los demandados habían presentado una demanda contra la hoy actora, en la que solicitaban que fuesen declarados resueltos los contratos de compraventa, formalizados en documento privado, por cuanto la compradora los había incumplido al no pagar el precio.

Ambas demandas fueron acumuladas. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1991 por la que estimaba ínte-

gramente la demanda y declaraba rescindidos los contratos de compraventa y la nulidad de la inscripción registral a nombre de los demandados, ordenando la cancelación registral. Asimismo, condenó a los demandados a restituir a la actora el pleno dominio de las fincas citadas y a abonar los frutos y rentas producidos desde la reclamación judicial. Reconoció también el Juzgado que los demandados ostentaban la facultad conferida por el artículo 325 C.D.C.C., y que en el plazo de 30 días desde la firmeza de la sentencia podían evitar la rescisión si abonaban las sumas que representaba la diferencia entre el importe satisfecho y el precio justo, más el interés legal de las cantidades desde el 13 de mayo de 1987, fecha en la que se procedió a la venta en favor de los demandados.

Por Auto de 1991 se aclaró la sentencia y se añadió a la parte dispositiva la desestimación de la demanda interpuesta por los que después serían demandados y la estimación de la reconvencción entonces formulada por la hoy actora.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó en 1993 la sentencia de primera instancia, con la excepción de la no imposición de costas a los demandados, puesto que consideró que la estimación de la pretensión de la parte actora era parcial y no total.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se formalizó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El primer motivo de casación se formula con base en una pretendida infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuese aplicable para resolver las cuestiones debatidas y, en concreto, de los artículos 321.1 y 323.2 C.D.C.C. El citado motivo resulta rechazado puesto que, a juicio del Tribunal, lo que pretende con él el recurrente es que se efectúe una nueva valoración de la prueba y, de acuerdo con la jurisprudencia existente sobre la materia, la determinación del precio justo es una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los órganos jurisdiccionales de instancia, que forman su convicción valorando el conjunto de las pruebas practicadas.

El segundo motivo de casación se formula como dependiente del primero, por la supuesta infracción del artículo 1.124 del Código civil, con referencia al contrato de recompra. Rechazado el primer motivo de casación, no ha lugar a analizar este segundo que se formula como dependiente del primero.

El tercer motivo de casación se basa en la pretendida infracción de los artículos 324 C.D.C. y 1.295 Cc., respecto a las consecuencias de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*». La sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia, condena a la parte compradora a restituir el pleno dominio de los bienes que adquirió y al abono de los frutos y rentas desde la reclamación judicial, pero no señala la obligación de la parte vendedora de devolver a los compradores el precio satisfecho con los intereses a contar desde la interposición de la de-

manda y el importe de los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles.

Considera el Tribunal Superior de Justicia que esta incongruencia «infra petita» es más aparente que real, puesto que la devolución del precio con sus intereses constituye un efecto «ipso iure» de la rescisión por lesión en el supuesto de que los compradores no opten por completarlo, y que, además, no es preciso que esta obligación conste de forma expresa en la parte decisoria de la sentencia. No obstante, entiende el Tribunal Superior que un pronunciamiento que recoja este efecto contribuye a la claridad y precisión de la sentencia y podía haber sido obtenido por medio del recurso de aclaración. En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por razones de economía procesal y sin necesidad de casar la sentencia, considera conveniente completar la parte dispositiva de la sentencia en la línea antes indicada.

El cuarto y último motivo denuncia la violación del artículo 325 C.D.C.C., con la pretensión de evitar el abono de los intereses si la parte demandada decide abonar el complemento y evitar la rescisión. La argumentación descansa en el hecho de que los recurrentes no han tenido la posesión de los bienes que adquirieron y que la exigencia de intereses deviene una contraprestación injusta. El motivo es desestimado, en primer lugar, porque se trata de una cuestión nueva, cuya resolución situaría en indefensión a la parte recurrida y, en segundo lugar, porque el complemento del precio que evita la rescisión forma parte del precio justo que debió ser abonado en el momento en que se satisfizo el precio del contrato y este retraso en el pago es el que justifica la exigencia de los intereses que la norma señala. Por otra parte, la cuestión de la posesión es relevante para el cumplimiento de lo que disponen los artículos 324 C.D.C.C. y 1.295 Cc.

La desestimación de los motivos de casación conduce al rechazo del recurso, con la imposición de las costas a los recurrentes.

V.— Sentencia de 9 de noviembre de 1993.

V.M.S.A. c/ Margrit I.B.

V.M.S.A. interpuso demanda contra Margrit I.B. en la que suplicaba que se declarase ejercitado el derecho de opción de compra sobre un local comercial sito en Barcelona y que se condenase a la demandada a otorgar la escritura de compraventa por el precio señalado en la opción y a entregar la finca.

Margrit I.B. interpuso demanda contra V.M.S.A. en la que solicitaba la rescisión por lesión «ultra dimidium» del derecho de opción de compra otorgado a V.M.S.A., o, en su caso, la del contrato de compraventa, consecuencia del ejercicio de la opción, con la cancelación de la inscripción registral.

Ambos pleitos fueron acumulados y el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó la demanda de Margrit I.B. y rechazó las pretensiones de la sociedad demandada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y consideró viables las pretensiones de la demanda de V.M.S.A., por lo que entendió correctamente ejercitado el derecho de opción y condenó a Margrit I.B. al otorgamiento de escritura pública de compraventa y a las costas de primera instancia.

Formalizado recurso de casación, Margrit I.B. aduce como motivos del recurso los siguientes. El primero, amparado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 LEC, denuncia por inaplicación el artículo 1.450 en relación con el 1.278 del Código civil, así como la jurisprudencia aplicable al supuesto.

La sentencia recurrida rechaza la posibilidad de rescisión por lesión puesto que al tratarse de una opción de compra, sin otorgamiento sucesivo de compraventa, considera que no hay causa de lesión. Según la sentencia de la Audiencia Provincial, en tanto no se otorgue la venta no se produce la desproporción en el precio y, por tanto, para probar la rescisión será necesario un nuevo pleito.

Para el Tribunal Superior, de acuerdo con lo que disponen los artículos 321, 322, 323.2 C.D.C.C., la acción de rescisión por lesión nace desde la perfección del contrato y no desde la consumación del mismo (SSTS.J.C. de 7 de octubre de 1991 y de 22 de marzo de 1993). En consecuencia, es posible discutir en un mismo pleito, por una parte, la existencia de una compraventa como corolario de un derecho de opción y, por otra parte, la posibilidad de rescindir por lesión la opción si reúne las condiciones que exige el artículo 321 C.D.C.C. Asimismo cabe añadir a las citadas argumentaciones, el principio de economía procesal y el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. Todo ello conduce a la estimación del primer motivo del recurso y a considerar no extemporáneo el ejercicio de la acción de rescisión por lesión «*ultra dimidium*».

El segundo de los motivos denuncia también infracción, por interpretación errónea, del artículo 321.1. C.D.C.C. y de la jurisprudencia del T.S. y del T.S.J.C. El motivo del recurso se orienta a combatir la necesidad de la tradición como requisito necesario para el nacimiento de la rescisión por lesión. Tratada, con anterioridad, esta circunstancia por el Tribunal Superior, se estima también el segundo motivo del recurso.

Estimado el recurso de casación, de acuerdo con lo que previene el artículo 1.715.3 L.E.C., el Tribunal Superior de Justicia debe resolver lo que corresponda y, en ese sentido, aprecia que la valoración efectuada en la instancia de la prueba pericial contraviene las reglas de la sana crítica y que, no obstante aceptar los datos del dictamen, excluido lo

que se ha computado de más, no se supera el doble del valor señalado para la venta y, por consiguiente, no existe lesión «ultra dimidium».

Por todo ello, se procede a desestimar la demanda en que se solicitaba la rescisión y estimar la demanda formulada por V.M.S.A., confirmando la resolución de la Audiencia, sin efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas de la instancia ni del recurso.

VI.— Sentencia de 23 de diciembre de 1993.

Ramón C.C. c/ Edificio C.S.A. y otros.

Don Ramón C.C. interpuso demanda contra Edificio C.S.A. y otros, en la que solicitaba que se condenara a la parte demandada a cumplir el contrato celebrado el 1 de agosto de 1987 a cambio del precio convenido y a la pública transmisión y desalojo del inmueble sito en Barcelona. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvenición en la que solicitaban que se declarase la existencia de lesión en más de la mitad del precio justo.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1991, según la que se desestimaba la demanda y la reconvenición, puesto que entendía el Juzgado que no podía existir lesión al ser nulo el contrato de compraventa celebrado en 1987 entre las partes.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993, en la que estimaba el recurso de apelación formulado por algunos de los demandados y entendía que el precio era lesivo y que la venta debía quedar rescindida. En cuanto al recurso de apelación formulado por la actora la Audiencia lo desestimó.

Don Ramón C.C. formuló recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, basado en cuatro motivos de casación.

El primer motivo del recurso aduce quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que produce indefensión. El Tribunal Superior rechaza este motivo por un planteamiento incorrecto del mismo, esto es, porque no se especifica en el encabezamiento del recurso cuál es la norma procesal que se ha podido vulnerar.

El segundo motivo del recurso es desestimado no sólo porque incurre en el mismo defecto que el primero, sino también porque al fundamentarse en una pretendida infracción de las normas reguladoras de la sentencia no se puede vulnerar el artículo 632 L.E.C., puesto que éste no contiene ninguna norma reguladora de la sentencia y que, en todo caso, debería haberse formulado con base en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C.

El tercer motivo del recurso se basa en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C. y denuncia una pretendida infracción de las normas del ordenamiento jurídico al rescindirse el contrato de compraventa. El motivo es

rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no sólo porque incurre en el mismo defecto técnico que los dos anteriores, sino porque no se indica la norma del ordenamiento jurídico vulnerado y además porque se pretende una nueva valoración probatoria.

El cuarto motivo de casación se formula al amparo del artículo 1.692.3 L.E.C. y aduce infracción de las normas que regulan las sentencias. El Tribunal Superior acoge este motivo de casación por cuanto considera conculcado el artículo 873 L.E.C., en lo referente a la aplicación del principio del vencimiento objetivo atenuado en materia de costas en la apelación. En ese sentido, entiende el Tribunal Superior que no se ha confirmado o agravado la sentencia de instancia (*cf.* arts. 710.2 y 873.2 L.E.C.) para que pueda aplicarse el principio del vencimiento objetivo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima parcialmente el recurso de casación y no efectúa imposición de costas en la casación.

VII.— Sentencia de 9 de febrero de 1994.

Juan A.S. y Carmen A.C. c/ Juan A.C.

Los consortes Juan A.S. y María C.P. tuvieron tres hijos: Juan, Carmen y Magdalena. Juan A.S. otorgó testamento notarial, en 1983, en el que instituyó heredero a su hijo Juan A.C. y ordenaba legados en favor de sus hijos, en pago de su legítima y de su esposa. En 1986 Juan A.S. donó en escritura pública una finca a su hijo Juan A.C. con reserva del usufructo vitalicio en favor del donante y de su esposa. La citada donación no se inscribió en el Registro de la Propiedad.

En 1987 y 1988 se segregan de la finca donada unas parcelas que son vendidas. Juan A.S. otorgó como vendedor las escrituras públicas de compraventa, al aparecer como titular registral.

En 1989, Juan A.S. atribuyó poderes a su hijo Juan A.C. y éste, haciendo uso de los mismos, en 1990 otorgó una escritura pública de segregación de una parcela de la finca matriz, objeto de la donación, y una segunda escritura pública de constitución de hipoteca sobre la finca segregada.

En 1990 Juan A.S. atribuyó la nuda propiedad de la finca objeto de la donación a su hija Carmen A.C. y el usufructo vitalicio en favor de su esposa María C.P.

Don Juan A.S. promueve en 1990 demanda contra sus padres y su hermana Carmen, en la que solicita que se declare que la donación otorgada en su favor es perfecta, válida y eficaz, que las escrituras de venta que Juan A.S. celebró en 1990 son nulas y que se proceda a la cancelación de las inscripciones y asientos registrales que motivaron.

La esposa y la hija se opusieron a la demanda y alegaron falta de litis-consorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados los compradores de las parcelas que las adquirieron con posterioridad a la donación; que la donación se hizo con las características de ser revocable y modificable, al participar de los caracteres de los negocios *mortis causa* y que, por ello, el donante seguía siendo propietario y efectuó actos dispositivos. Asimismo formuló reconvencción en la que suplicaba que se condenara al actor a rendir cuentas de los actos efectuados como apoderado. Juan A.C. se opuso a la reconvencción y solicitó que fuera desestimada.

El Juzgado de Primera Instancia de Martorell dictó sentencia en 1991 en la que estimaba en parte la demanda reconvenccional. El actor interpuso recurso de apelación y la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 1992, en la que declaraba que la donación efectuada era perfecta, válida y eficaz y que las escrituras de compraventa del esposo en favor de su esposa y de su hija eran nulas, así como los asientos registrales con base en las mismas.

Don Juan A.S. y Carmen A.C. formularon recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo dictó Auto en 1992 según el cual consideraba que era el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el competente para resolver el presente recurso de casación.

El citado recurso de casación se fundamenta en cuatro motivos de casación. El primer motivo, al amparo del ordinal tercero del artículo 1.692 L.E.C., aduce infracción del artículo 359 L.E.C. porque considera que no se resuelven de forma expresa todas las cuestiones objeto de la *litis*. El Tribunal Superior rechaza el motivo y estima que la sentencia combatida no ha incurrido en incongruencia, ya que solamente tendría que resolver la Sala de instancia la petición de la reconvencción sobre rendición de cuentas, si considerase la donación como *mortis causa*.

El segundo motivo, con amparo en el artículo 1.692.4. L.E.C., alega infracción de los artículos 1.281.2, 1282 y 1283 del Código civil y jurisprudencia aplicable. El Tribunal Superior entiende que, según reiterada jurisprudencia, la interpretación de los contratos es función privativa de los organismos jurisdiccionales de instancia y que, en todo caso, del examen de los actos anteriores y posteriores de las partes se llega a la misma conclusión que la sentencia de la Audiencia, esto es, a la no consideración de la donación como *mortis causa*.

El tercer motivo de casación, fundado asimismo en el artículo 1.692.4. L.E.C., se basa en la supuesta infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al silencio como declaración de voluntad y a la doctrina de los actos propios. El Tribunal Superior desestima el tercer motivo puesto que entiende que el silencio del donatario no significa consentimiento de los actos dispositivos del donante y tampoco constituye una actuación contra los propios actos por cuanto no existe una contradicción entre la conducta anterior del interesado y la posterior pretensión ejercitada.

El cuarto y último motivo de casación, amparado asimismo en el artículo 1.692.4 L.E.C., denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 245, 246 y 247 C.D.C.C., referidos a las donaciones por causa de muerte, al considerar que la donación efectuada en 1986 no es una donación inter vivos, sino por causa de muerte. El Tribunal Superior señala que la donación por causa de muerte es aquella donación efectuada en consideración a la premoriencia del donante al donatario y que se puede otorgar por una doble vía: donar y conservar el donante la propiedad de lo donado, que sólo lo adquirirá el donatario si el donante le premuere, o bien que el donatario adquiera inmediatamente la propiedad, pero con la obligación de restituir al donante si éste sobrevive (*cf.* art. 246.3. C.D.C.C.). En todo caso, el Tribunal Superior afirma que la *contemplatio mortis* ha de aparecer siempre en este tipo de donaciones y que este requisito estructural y esencial no aparece en la escritura de donación de 1986. Por otra parte, la reserva de usufructo en favor del donante y de su esposa revelan, a juicio del Tribunal, la voluntad del donante en pos de la adquisición de la propiedad por el hijo.

El rechazo de todos los motivos de casación conduce a la desestimación total del recurso de casación y a la imposición de las costas al recurrente.

VIII.— Sentencia de 24 de febrero de 1994.

Or. S.A. c/ Francisco T.P. y Francisco M.^a T.C.

Los consortes Francisco T.P. y Montserrat C.X., por una parte, y Ramón S.E., por otra, otorgaron escritura pública de opción de compra en 1985 en favor de éste último. En 1987 se otorgó nueva escritura pública de opción de compra entre los contratantes. En 1989 don Francisco T.P. y su hijo, como hijo y heredero de Montserrat C.X., por una parte, y don Ramón S.E. y Joaquín C.H., en nombre y representación de Or., S.A., por otra parte, firmaron un documento privado en el que se convino que don Ramón S.E. ejercitaba la opción de compra, que don Francisco T.P. y Francisco T.C. aceptaban el ejercicio de la opción y consideraban perfeccionada la compraventa y que don Ramón S.E. cedía los derechos derivados de la opción a Or., S.A.

En 1989 Or., S.A. dirigió un requerimiento notarial a los propietarios de la finca a fin de llevar a cabo la escritura pública de venta. Francisco T.C. contestó, asimismo por conducto notarial, y señaló su voluntad de no otorgar escritura pública puesto que consideraba que existía lesión en más de la mitad del precio justo.

Or., S.A. formuló demanda contra Francisco T.P. y Francisco T.C., en la que solicitaba que se condenase a los demandados a cumplir el documento privado de 1989. Los demandados se opusieron y formularon reconvencción en la que solicitaban que se declarase la rescisión por lesión.

Con posterioridad, Francisco T.C. y Francisco T.P. formularon demanda contra Or., S.A. con las mismas peticiones que la reconvencción y alegaron que el procedimiento adecuado no era el juicio de menor cuantía por razón de la cuantía de la reconvencción. Or., S.A. contestó a la demanda con los mismos motivos que adujo frente a la reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992, respecto de los pleitos acumulados, en la que condenaba a Francisco T.P. y Francisco T.C. a cumplir el contrato de compraventa de 1989, al tratarse de una compraventa mercantil, no susceptible de ser rescindida por lesión.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que revocaba la de primera instancia y declaraba rescindido el contrato de compraventa.

Or., S.A. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con base en cinco motivos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró oportuno diferenciar entre la perfección del contrato de compraventa y su consumación o ejercicio, a fin de determinar la existencia o no de lesión. Para ello, de acuerdo con los criterios de interpretación de los contratos y con la jurisprudencia constante que considera que para calificar un contrato hay que atenerse a su contenido y no a la denominación de las partes, el Tribunal Superior entiende que en el primitivo contrato de 1985 ya se celebró una compraventa de ejecución diferida. Por consiguiente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 323.2. C.D.C.C., ese es el hito temporal en el que se otorgó un contrato con finalidad traslativa relativo a un inmueble. Además, de la valoración de las pruebas practicadas resulta que en ese momento el precio convenido coincidía esencialmente con el valor en venta de la finca. Todo ello determina la inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo.

La estimación de este motivo de casación, por inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo, origina la innecesariedad del examen de los demás motivos de casación, puesto que todos ellos se dirigen a combatir la existencia de lesión.

Estimado el recurso de casación, el Tribunal Superior casa la sentencia de la Audiencia y declara que desestima la demanda de rescisión por lesión y estima la demanda de Or., S.A. contra don Francisco T.C. y Francisco T.P., condenándoles a cumplir el contrato de 1989, con imposición de las costas de primera instancia.

IX. Sentencia de 7 de marzo de 1994.

Lydia E.M. c/ T.S.A.

Doña Lydia E.M. interpuso demanda contra T.S.A. en la que solicitaba que se declarase que sufrió lesión en más de la mitad del precio

justo de la finca vendida. El demandado se opuso y solicitó que se desestimase la demanda. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que desestimaba la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 por la que rechazaba el recurso de apelación y confirmaba la sentencia de instancia.

Doña Lydia E.M. formalizó recurso de casación basado en seis motivos de casación.

Por lo que se refiere al primer motivo de casación, en el que se aduce, al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., infracción del artículo 323.2 C.D.C.C., el Tribunal Superior lo rechaza porque entiende que la sentencia combatida sí se atiene al precio de mercado para resolver el pleito.

El segundo motivo de casación, con base también en el artículo 1.692.4. L.E.C., denuncia infracción del artículo 1.253 C.C. Afirma el Tribunal Superior que este motivo también ha de ser desestimado puesto que el tribunal de instancia no se apoya en ninguna presunción para fijar el precio justo de la finca registral.

El tercer motivo del recurso, con base en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., denuncia infracción del artículo 1.243 C.c. en relación con el artículo 632 L.E.C. y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1990 y de 15 de octubre de 1991. El Tribunal Superior rechaza también este motivo por cuanto si la valoración probatoria no es contraria a la verdad o a la lógica, ni ilegal o absurda, no puede en el recurso de casación volverse a valorar la actividad probatoria.

Los restantes motivos de casación son igualmente desestimados. El cuarto, que aduce infracción del artículo 321.1. C.D.C.C., con base en el artículo 1.692.4. L.E.C., puesto que no contiene, a juicio del Tribunal Superior, fundamento que permita observar de que forma se ha podido conculcar el citado precepto. El quinto, amparado en el artículo 1.692.3 L.E.C., aduce una supuesta infracción del artículo 359 L.E.C. y señala que la sentencia impugnada no reviste la claridad necesaria. El Tribunal Superior afirma que acoger un determinado dictamen pericial en detrimento de otro no integra el vicio denunciado. Por último, el sexto motivo de casación, al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., alega una pretendida infracción del artículo 1.281.1 C.c. El Tribunal Superior desecha este motivo porque no aprecia la concurrencia de ninguna interpretación contractual con trascendencia para el fallo.

El rechazo de todos los motivos de casación conduce a la desestimación del recurso y a la imposición de las costas a la parte recurrente.

X.— Sentencia de 22 de diciembre de 1994.

José Carlos, Antonio y Ricardo P.M. c/ Antonio P.N.

Doña Elisa M.L. y don Antonio P.N. celebraron en 1985 un contrato de compraventa de una finca sita en Barcelona. Se siguió juicio declarativo de menor cuantía a instancia de doña Elisa y sus herederos, José Carlos, Antonio y Ricardo P.M. contra don Antonio P.N., en el que se solicitaba la rescisión por lesión del citado contrato.

La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que pretendía que se condenase a la actora al pago de cantidad más los intereses legales desde la reclamación judicial y que se impusieran las costas a la actora.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en 1992, en la que estimó parcialmente la reconvencción y condenó a los herederos de Elisa M.L. al pago de cantidad más los intereses legales desde la fecha de la resolución, así como a la imposición de costas a la parte actora.

Interpuesto recurso de apelación por los herederos, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1994 en la que estimaba parcialmente el recurso de apelación y disminuía la cantidad a abonar por los herederos, obligando a éstos a abonar las cuotas de comunidad de un concreto lapso temporal y determinando como inicio del devengo de los intereses legales de las cantidades reclamadas el de la fecha de la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial no estableció pronunciamiento condenatorio sobre las costas de primera y segunda instancia.

La representación de los herederos formalizó recurso de casación con base en dos motivos: el primero, al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., que aduce infracción de los artículos 609 y 632 L.E.C. en relación con el 1.243 C.c., y el segundo, con base en el mismo ordinal, señala interpretación errónea y/o inaplicación de los artículos 321.1 y 323.2. C.D.C.C.

Los recurrentes sustentan que la sentencia de la Audiencia no aplica el artículo 321.1 C.D.C.C. El Tribunal Superior afirma que si los tribunales de instancia consideran que no se ha producido lesión no se produce una infracción del artículo 321 C.D.C.C.

En cuanto a la infracción del artículo 323.2, por interpretación errónea, opina el Tribunal Superior que no cabe acudir a criterios diferentes al valor en venta para determinar el precio justo. No obstante, para determinar el precio de mercado no pueden omitirse las circunstancias que concurren en la finca. Y ello vale no sólo para las características físicas del inmueble (situación, antigüedad y sistema constructivo) sino también las jurídicas (ocupado por arrendatarios que pagan rentas muy bajas con derecho a prórroga forzosa, subrogaciones y traspasos). Afirma el Tribunal Superior que **«es notorio que las fincas que tienen**

ocupantes de esta categoría sufren una fuerte depreciación en el mercado inmobiliario, que es imprescindible tener en cuenta para determinar el valor en venta real, no el basado en la hipótesis de que pudieran hallarse libres».

Por último, respecto al pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal Superior establece, en primer lugar, que a los dictámenes extraprocerales aportados al juicio por las partes no les puede ser atribuido el carácter de prueba pericial y, en segundo lugar, que es conocida la doctrina jurisprudencial que señala que la apreciación y valoración de la prueba pericial incumbe a la instancia y que su criterio tan solo es revisable en casación cuando sea notoriamente irracional o no ajustado a las directrices de la lógica (S.T.S. de 20 de noviembre de 1993).

El rechazo de todos los motivos del recurso lleva aparejado la desestimación de éste, con la imposición de las costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE SUCESIONES.

I.— Sentencia de 7 de enero de 1993.

Juan Enrique M.C. c/ Juan E.F., Juan, Natividad, Margarita y Montserrat F.E. y Juana V.F.

El 14 de enero de 1988 falleció doña Francisca L.F. Con posterioridad, don Juan Enrique M.C. halló un documento manuscrito, denominado «El meu testament» que contenía disposiciones de última voluntad con tachaduras, entrerrenglonados y añadidos sin que ninguno de ellos apareciese salvado.

Don Juan Enrique M.C. intentó protocolizar el documento como testamento ológrafo. Rechazada esa pretensión, interpuso demanda para que se declarase que el documento constituía un testamento ológrafo, subsidiariamente fuera considerado como codicilo y, en su defecto, se declarase que el documento contenía legados para después de la muerte de la testadora en favor de las personas en él designadas.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus desestimó la demanda y señaló que el documento no podía valer como testamento ológrafo, por cuanto no estaban salvadas las disposiciones tachadas, enmendadas e interrenglonadas, tal y como dispone el artículo 688 del Código civil.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona confirmó la sentencia de primera instancia.

El actor formuló recurso de casación fundado en ocho motivos, todos ellos al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C.

Los dos primeros motivos de casación denuncian la infracción del artículo 688.3 C.c. y de la jurisprudencia que lo interpreta. La jurisprudencia considera que todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 C.c. tienen el carácter de esenciales y que son indispensables para la validez del acto. No obstante, por excepción no anulan el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición.

Asimismo, considera el Tribunal Superior que es reiterada la doctrina del propio Tribunal que considera que es competencia de la Sala sentenciadora, como cuestión de hecho, observar si en el otorgamiento de los testamentos se han observado las formalidades establecidas. La sentencia de la Audiencia no infringe la jurisprudencia antes expuesta, puesto que las tachaduras, enmiendas y entrerrenglonados son extensos e importantes.

El tercer motivo del recurso aduce infracción del artículo 750 C.c., que declara la nulidad de toda disposición en favor de persona incierta, a no ser que por algún evento pueda resultar cierta. El motivo se rechaza porque la cláusula a la que podría aplicarse el artículo 750 C.c. aparece tachada y no salvada.

El cuarto motivo del recurso denuncia infracción del artículo 675.1 y 1.284 C.c., así como del principio del favor testamenti según la jurisprudencia que se cita. El motivo resulta rechazado porque el Tribunal Superior afirma que la interpretación de las cláusulas testamentarias corresponde al tribunal de instancia y sólo en casos extraordinarios al tribunal de casación.

El quinto motivo de casación señala una pretendida infracción del artículo 131 del Código de Sucesiones por causa de muerte de 30 de diciembre de 1991. Se rechaza el motivo puesto que el C.S. no es de aplicación al supuesto enjuiciado.

Los tres restantes motivos de casación denuncian la infracción del artículo 110 C.D.C.C. y de forma alternativa y subsidiaria la de los artículos 105.1 y 106 C.D.C.C. Afirma el Tribunal Superior que el documento suscrito por la causante no tiene validez como testamento, pero es que además no contiene institución de heredero. Asimismo los defectos del documento autógrafo le impiden valer como codicilo (*ex arts. 105 y 106 C.D.C.C.*) puesto que los codicilos han de reunir las mismas solemnidades que los testamentos.

El rechazo de todos los motivos provoca la desestimación del recurso, así como la imposición de las costas del mismo al recurrente.

II. Sentencia de 8 de junio de 1993.

Ramona S.R. c/ Teresa B.S.

Don Juan S.R., viudo, contrajo matrimonio con doña María Teresa B.S., el 3 de julio de 1985. El 4 de septiembre del mismo año tuvo lugar una

disputa conyugal, en virtud de la que la esposa ordenó al marido abandonar el piso y no volver al mismo.

Don Juan S.R. otorgó testamento el 22 de julio de 1987, en el que instituía herederos a sus hermanos Ramona y José S.R.

El 13 de enero de 1989 doña María Teresa B.S. interpuso demanda de incapacitación de su marido. El 27 de julio de 1989 falleció el marido.

Doña Ramona S.R., como heredera de don Juan S.R., interpuso demanda en la que solicitaba que se declarase que la demandada no tiene derecho a reclamar la cuarta viudal ni el año de luto en la herencia de su marido, al faltar el requisito de la convivencia de los consortes en el momento del fallecimiento de uno de ellos. Doña María Teresa B.S. se opuso y formuló reconvencción en la que solicitaba que se declarase su derecho a reclamar el año de luto y la cuarta viudal.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1990 en la que desestimaba la demanda y estimaba la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona en 1993 confirmó la sentencia de instancia.

Contra la resolución de la Audiencia, la actora formula recurso de casación, fundado en un único motivo de casación, amparado en el artículo 1.692.4 L.E.C., en el que denuncia infracción de los artículos 24 y 25 C.D.C.C. relativos al año de luto; artículos 147 y 148 C.D.C.C. respecto a la cuarta viudal y artículo 254 C.D.C.C. por lo que atañe a la indignidad sucesoria de la viuda. Argumenta la parte recurrente que no concurren los presupuestos para exigir los beneficios viudales y, en segundo lugar, la existencia de un presupuesto particular como es la vida en común de los cónyuges. Respecto a este segundo aspecto, sólo se discute en casación si, a la muerte del marido, los consortes estaban separados de hecho o no. La sentencia de apelación declara probado que existió reconciliación y que la vida en común se restableció durante más de un año antes de la muerte del marido. El Tribunal Superior rechaza el motivo, por cuanto la parte recurrente desea una nueva valoración de la prueba y ello es improcedente en casación, excepto por la vía del error de derecho, que requiere la mención del precepto infringido y la conclusión absurda, inverosímil o falta de racionalidad o lógica. Hipótesis excepcionales que no concurren en el presente supuesto.

Alega asimismo la parte recurrente la infracción del artículo 24 C.D.C.C., porque las sentencias de instancia no toman en consideración que la viuda ocupa una vivienda de la que ya era titular y que la concesión del año de luto beneficiaría a la viuda con unos ingresos complementarios a los suyos, siendo éstos de por sí suficientes. Además sustenta la existencia de una causa de indignidad y, por tanto, la infracción del artículo 254 C.D.C.C., al haber el consorte supérstite injuriado gravemente a su consorte difunto.

Respecto de la primera infracción alegada, el Tribunal Superior rechaza este aspecto del recurso de casación, porque según el artículo 24 C.D.C.C. el año de luto atribuye al consorte superviviente el derecho de habitar toda la vivienda conyugal y de ser alimentado a cargo del patrimonio del premuerto y estas facultades derivan de un doble presupuesto: situación de viudedad y régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Por lo que atañe al segundo aspecto, la sentencia de apelación señala que no se ha acreditado la causa de indignidad y ello no se impugna adecuadamente en casación. Anade también el Tribunal Superior que la reconciliación negaría eficacia a la pretendida causa de indignidad, puesto que según el artículo 758 C.c. (vigente en Cataluña al abrirse la sucesión de que se trata) la capacidad del heredero se califica a la muerte del causante y si, en aquel momento, se había restablecido la vida en común no concurriría ninguna causa de indignidad.

III.— Sentencia de 19 de julio de 1993.

Ramón S.G. c/ Marta T.S. y otros.

El 7 de junio de 1934 don Modesto S.C. otorgó testamento en el que dejó a sus catorce hijos lo que por legítima les correspondiera y estipuló la siguiente cláusula: «de mis restantes bienes, muebles e inmuebles, cédulas, valores, derechos y acciones presentes y futuras, nombro e instituyo por mi heredero universal a mi hijo José S. y G., disponiendo que si éste me premuriese o falleciese después que yo, sin dejar, ni en uno ni en otro caso, hijo legítimo alguno, le sustituyan los hijos antes nombrados que en aquel entonces no hubiesen tomado estado religioso, o sea, entrado en religión, y mi nuera Ramona S. y A., por partes iguales entre todas ellas, con la condición empero de que mi nombrada hija política perderá la parte de mi herencia que hubiese adquirido desde el día en que contrajere segundas nupcias, cuya parte acrecerá a mis hijos y herederos en aquel entonces existentes, en porciones iguales».

Fallecido el testador, el instituido heredero aceptó la herencia y falleció en 1990. En su testamento de 1989 prelega a su hija adoptiva doña María T.S., en pleno dominio, el mobiliario, cuadros, ajuar doméstico, ropas y demás enseres existentes en el domicilio del testador el día de su muerte y, en usufructo, las acciones de la mercantil «La Eléctrica de Ripoll, S.A.»; lega a los hijos de su hija Marta, Irene y Daniel V.T. y a los demás hijos que pudieran tener en el futuro, por partes iguales, la nuda propiedad de las acciones de la citada mercantil, y en el resto de todos sus bienes nombra e instituye heredero universal y libre a su hija adoptiva Marta T.S. sustituyéndola vulgarmente por los descendientes legítimos de la instituida por partes iguales.

El 13 de junio de 1990, don Ramón S. y G., como único hijo superviviente y no entrado en religión, interpone demanda contra doña Marta T.S. y sus hijos en la que suplica que se declare que el primer fiduciario no fue heredero libre ni adquirió los bienes fideicomitidos por fallecer sin descendencia legítima y que él es el heredero fideicomisario de su padre; la nulidad de los legados y prelegados efectuados por el fiduciario; la nulidad y cancelación de las inscripciones del Registro de la Propiedad en favor del heredero fiduciario y la condena a Marta T.S. y a sus hijos de restitución de los bienes con intereses y frutos desde el fallecimiento del fiduciario.

La demandada formuló contestación a la demanda y reconvenición por la que solicitaba que se declare que el heredero fiduciario tenía derecho a detraer sus legítimas, los gastos y cargas satisfechos y la cuarta trebeliánica.

El Juzgado de Primera Instancia de Ripoll dictó sentencia en 1992 en la que desestimó la demanda principal y la reconvenicional, al considerar que no se ha cumplido la condición («si sine liberis decesserit»), pues el heredero fiduciario ha dejado una hija, sin que obste que esta sea adoptiva.

Interpuesto recurso de casación «per saltum» por el actor, éste se fundamenta en dos motivos, ambos con base en el ordinal cuarto del artículo 1. 692 L.E.C. En el primero se denuncia infracción de los artículos 1 C.D.C.C. y 2.3 y 675 C.c. y doctrina jurisprudencial que cita, y en el segundo se señala una supuesta infracción del artículo 174 y concordantes de la C.D.C.C., 675 C.c. y doctrina y jurisprudencia que se cita.

El Tribunal Superior, pese a la innecesariedad de volver a incidir en la interpretación testamentaria, pues ésta es ámbito reconocido a la instancia, a salvo interpretaciones ilógicas, arbitrarias o contrarias a la ley, entiende que en el testamento se establece una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del primer instituido y una sustitución fideicomisaria condicional «si sine liberis decesserit».

Establecido que en el testamento se incluyó una sustitución fideicomisaria, se trata ahora de averiguar si se ha cumplido o no la condición «sine liberis». A juicio del Tribunal Superior, el hijo adoptivo no enerva la condición ni purifica el fideicomiso por lo que se acogen los dos motivos de casación en este aspecto concreto. La solución del Tribunal Superior se justifica, en primer lugar, en la voluntad del testador que es ley suprema de la sucesión; en segundo lugar, refuerza el anterior argumento, la finalidad histórica del fideicomiso «sine liberis» con un hondo sentido familiar y en la perspectiva histórica parece claro que el hijo adoptivo no tenía la condición de familia del fideicomitente; en tercer lugar, porque no hay texto legal que permita mantener que en la expresión legítimos se incluye a los hijos adoptivos; en cuarto lugar, porque la alusión al principio de igualdad (art. 14 y 39.2 C.E.) no implica un derecho de igualdad respecto de los adoptados en rela-

ción a la familia del adoptante; en quinto lugar, la doctrina del Tribunal Supremo no comprende en la expresión «legítimos» ni «matrimoniales» del artículo 114 C.D.C.C. a los hijos adoptivos y, por último, porque en el caso el juzgador ha incidido en una interpretación con error manifiesto o patente, tanto en la interpretación testamentaria como en la de la normativa legal.

Estimado el recurso de casación, el Tribunal Superior, de acuerdo con el artículo 1.715 L.E.C., ha de resolver en los términos del debate y afirma que cumplida la condición del fideicomiso, procede el tránsito de los bienes fideicomitidos al fideicomisario y declara, en primer lugar, que don Ramón S.G. es heredero fideicomisario de su padre y que le deben ser restituidos los bienes fideicomitidos antes indicados; en segundo lugar, son nulos los legados y prelegados de bienes fideicomitidos ordenados por el fiduciario, así como los asientos registrales que motivaron; en tercer lugar, se condena a doña Marta T.S. y sus hijos a restituir la totalidad de los bienes que componen la herencia fideicomitida con intereses y frutos desde el fallecimiento del fiduciario; en cuarto lugar, se condena a don Ramón S.G. a pagar a Marta T.S. el importe de las legítimas satisfechas a los legitimarios, excluida la del fiduciario, y a los reconvinientes el importe total de las acciones de «La Eléctrica de Ripoll, S.A.» adquiridas, constante fideicomiso, mediante ejercicio del derecho de suscripción preferente, y no se hace expresa imposición de costas ni en primera instancia ni en casación.

IV.— Sentencia de 22 de julio de 1993.

Teresita P.P. c/ Asilo V.

Doña Mercè C.Ll. otorgó testamento el 13 de marzo de 1985, según el cual ordenaba unos legados en favor de doña Consol M.P., a favor del asilo V. y de la Basílica T.N.S.A., instituía heredero al citado Asilo y en la cláusula novena «Nombra albaceas a doña Teresita P.P. y a don Jorge B.V., vecinos de Figueres, para que obrando conjuntamente o el sobreviviente a solas, procedan a cumplir sus disposiciones piadosas y a hacer entrega de todos los bienes, haciendo constar que si apareciese algún documento o papel de cualquier clase firmado por la testadora, de carácter privado, no se le reconozca validez alguna».

Abierta la sucesión en 1986, en 1990 doña Teresita P.P. y don Jorge B.V. interpusieron demanda contra el Asilo, en la que solicitaban que se declarase que los actores tenían la condición de albaceas universales de la finada, que se aprobasen las cuentas presentadas y que se condenase al Asilo a pagar cierta cantidad más los intereses legales y que se impusieran las costas a la parte demandada. Los demandados se opusieron y solicitaron la desestimación de la demanda.

Un Juzgado de Primera Instancia de Figueres dictó sentencia en 1992 y desestimó la demanda, al considerar a los albaceas como particulares.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Girona confirmó en 1993 la sentencia de primera instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte actora formaliza recurso de casación basado en un único motivo de casación, en el que aduce, al amparo del artículo 1.692.4 L.E.C., interpretación errónea del artículo 236.1 C.D.C.C., según el cual «serán albaceas universales las personas que reciban del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada».

Considera el recurrente que la interpretación dada a la cláusula testamentaria, según la cual se consideran albaceas particulares, es errónea puesto que la voluntad de la testadora era nombrar albaceas universales, según se desprende de la literalidad de la cláusula y de la interpretación externa del testamento.

El Tribunal Superior de Justicia opina que en la cláusula novena del testamento aparece clara la voluntad de la testadora de nombrar unos albaceas, pero al no atribuirles nomen iuris (universales o particulares) nos sitúa ante un problema no de interpretación sino de calificación, y esta función de calificación no sólo corresponde a los organismos jurisdiccionales de instancia, sino también al tribunal de casación (*cf.* STS de 8 de julio de 1940).

Asimismo, el Tribunal Superior entiende que en el derecho civil catalán el heredero es el ejecutor testamentario natural de las disposiciones testamentarias, aunque el causante pueda colocar una tercera persona en el cometido de ejecutar su última voluntad. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal Superior señala que la testadora no atribuye a los albaceas que designa las amplias facultades que en el sistema sucesorio catalán se consideran propias de los albaceas universales, en todo lo que se refiere a la gestión del patrimonio hereditario y a la correcta ejecución de la última voluntad del causante, sino unas facultades concretas y, por tanto, deben ser considerados albaceas particulares, máxime cuando existe heredero que por su carácter de albacea legítimo ha de ejecutar la voluntad del causante. A mayor abundamiento, añade el Tribunal Superior que, de acuerdo con lo que precisa el artículo 236.4 C.D.C.C., la condición de albacea particular, cuando hay heredero, es la que prevalece, aunque se le califique de universal, si se le atribuye realmente las funciones propias de los albaceas particulares.

Todo ello conduce a la desestimación del motivo de casación y con él al rechazo del recurso de casación.

V.— Sentencia de 19 de octubre de 1993.

Jorge C.C. c/ Ayuntamiento de Cabrils y otro.

En 1967 un Juzgado de Primera Instancia de Mataró dictó Auto en el que aprobaba la adopción menos plena de don Jorge C.C. por parte de don Francesc G.C., marido de la madre natural del adoptado.

El adoptante otorgó testamento notarial abierto en el que ordenaba un prelegado a favor de su esposa, instituía heredera fiduciaria a su esposa y para después de su muerte ordenaba que el usufructo de la herencia hiciera tránsito a su hijo adoptivo, con la facultad de poder disponer del derecho de usufructo en favor de tercera persona, por acto de última voluntad y por un período de tres años desde la muerte del usufructuario, e instituía heredera en la nuda propiedad a la Beneficiencia de Cabrils.

Abierta la sucesión en 1967, en 1980 don Jorge C.C. interpuso demanda contra su madre y heredera fiduciaria y contra el sustituto fideicomisario, Ayuntamiento de Cabrils, en la que solicitaba que se le declarase legítimo en la herencia de su padre y su derecho a recibir la legítima sin ninguna limitación, por lo que la sustitución fideicomisaria debía tenerse por no puesta en la parte que gravase la legítima; que el legado de usufructo no se impute a la legítima y que la cuantía de la misma es la cantidad de 4.805.881 ptas. o la más exacta que derive de la prueba efectuada en el juicio.

El Ayuntamiento de Cabrils se opuso y consideró que el legado de usufructo era imputable a legítima, que el legitimario no había ejercitado la opción prevista en el artículo 131.2 C.D.C.C., aplicable a la *Cautela Socini*, y que no había sido preterido.

El Juzgado de Primera Instancia de Mataró dictó sentencia en 1980 en la que estimaba parcialmente la demanda, al reconocer el derecho a percibir la legítima sin limitaciones, por lo que la institución de heredero fiduciario y heredero nudo propietario ha de considerarse no hecha, que el legado de usufructo no se imputa a la legítima y que la cuantía de ésta importa la cantidad de 2.828.535 ptas. más intereses legales y que la citada cantidad ha de ser actualizada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en la que revocaba la sentencia de instancia y consideraba que debía desestimarse la demanda y absolver a los demandados.

Contra la sentencia de la Audiencia se formaliza recurso de casación con base en seis motivos de casación, amparados todos ellos en el artículo 1.692.4. L.E.C.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma que en el testamento que da lugar al presente caso se establece una sustitución fideicomisaria del tipo de las condicionales (*cf.* art. 163.3. C.D.C.C.).

Respecto a la atribución del usufructo en favor del hijo adoptivo, ésta se supedita al hecho de que el hijo adoptivo sobreviva a la heredera fiduciaria. Por tanto, no se ordena en el testamento un legado de usufructo con eficacia desde la muerte del testador, sino que se prevé que nazca este usufructo tras la delación fideicomisaria si el hijo adoptivo vive. Esto significa que el hijo adoptivo está mencionado en el testamento de su padre, pero sin una concreta atribución en concepto de legítima, al no ser la expectativa de usufructo imputable a legítima (a mayor abundamiento señala el Tribunal Superior que tampoco es viable la posibilidad de atribuir la legítima vía usufructo, puesto que el artículo 131.2 C.D.C.C. exige que el legado ha de ser de bienes de exclusiva, plena y libre propiedad del causante), y, en consecuencia, ha sido preterido. Esta preterición determina que el hijo adoptivo tiene derecho a exigir lo que por legítima le corresponde, sin tener que ejercer la opción que previene el artículo 131 C.D.C.C.

Acorde con los razonamientos anteriores, el Tribunal Superior estima los tres primeros motivos de casación y procede, según el artículo 1.715.3. L.E.C., a dictar sentencia. La sentencia del Tribunal Superior confirma parcialmente la de primera instancia y declara que don Jorge C.C. es el único legitimario y tiene derecho a percibir la legítima sin límites ni dilaciones, más los intereses legales desde el óbito del de cuius, pero sin la cláusula de estabilización que fijó el Juzgado de Primera Instancia, al ser la legítima, cuando se abona en dinero, una deuda pecuniaria que ha de satisfacerse de acuerdo con el sistema nominalista y que la disposición del usufructo de la herencia cuando se produzca la delación fideicomisaria no es imputable a legítima.

No efectúa el Tribunal expresa imposición de costas ni en las instancias ni en el recurso.

VI.— Sentencia de 22 de noviembre de 1993.

Elisa y Montserrat F.C. c/ Isabel F.C. y otro.

Los consortes Bru F.C. y María J.M. tuvieron cuatro hijos: Montserrat, Elisa, Sofía y Bru F.J. La esposa, heredera de su marido, otorgó su último y válido testamento en 1972, en el que legaba a sus hijos aquello que por legítima les correspondía, ordenaba un legado de un millón de ptas a favor de sus nietas, legaba a su hijo Bru F.J. el usufructo de la herencia con facultad de poder vender bienes hereditarios para pagar los legados ordenados por la testadora e instituía heredera a su nieta María Isabel F.C. con un gravamen fideicomisario en favor de sus hermanos.

Abierta la sucesión en 1977, Montserrat, Elisa y Sofía F.J. interpusieron acción de reclamación de legítima contra María Isabel F.C. y Bru F.J., en la que solicitaban su derecho a percibir la legítima, señala-

ban un determinado valor de los bienes hereditarios a efectos de computación y, por último, solicitaban que la legítima a percibir, si se abonaba en dinero, debía ser actualizada según la depreciación del signo monetario desde la muerte de la testadora y hasta el momento del pago de la legítima. María Isabel F.C. contestó a la demanda y reconoció el derecho a percibir la legítima de las actoras, pero en una cantidad inferior a la reclamada.

Un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que estimó parcialmente la demanda y condenó a María Isabel F.C. al pago de las legítimas, más la actualización ordenada según los criterios que la misma resolución judicial fijaba.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que confirmó íntegramente la sentencia recurrida.

Contra la sentencia de la Audiencia, ambos litigantes formalizaron recurso de casación.

El primer motivo de casación de la parte actora, amparado en el artículo 1.692.4 L.E.C., aduce infracción del artículo 129 en relación con el 122 C.D.C.C. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma que la legítima es una institución de derecho necesario para el testador y que su cálculo ha de hacerse de acuerdo con los criterios que fija la ley y que, por tanto, no se ha de atribuir relevancia a las valoraciones que pretenda establecer el testador. Asimismo es claro que el artículo 129 no fija qué criterios han de seguirse para efectuar el cálculo, pero, sin duda, el valor en venta es un valor objetivo y real. En ese sentido, prescindir del valor en venta y acoger una valoración unilateral de la heredera, como hace el juzgador de instancia, no se aviene con el carácter imperativo de las normas sobre computación legitimaria. Las anteriores afirmaciones conducen al Tribunal Superior de Justicia a estimar infringido lo dispuesto en el artículo 129 C.D.C.C. y también el artículo 632 L.E.C. (invocado en el cuarto motivo de casación) ya que los criterios del juzgador vulneran la regla de la sana crítica y por ello son susceptibles de ser revisables en casación.

La estimación de estos dos motivos de casación hace innecesario el examen de los restantes motivos alegados por la parte actora, al perseguir todos la misma finalidad.

La parte demandada formula un único motivo de casación, al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., que aduce infracción de los artículos 129 y 138 C.D.C.C. de 1960 y violación de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 27 de mayo de 1967 y 22 de noviembre de 1966.

El Tribunal Superior estima asimismo este motivo de casación puesto que la Compilación admite el principio nominalista, cuando se trata del pago de la legítima en dinero (*cf.* artículo 138 C.D.C.C. 1960) y ésta es la tesis aceptada por el T.S. (sentencia de 27 de mayo de 1967)

y recientemente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 19 de octubre de 1993).

La estimación de ambos recursos de casación lleva aparejada la necesidad de dictar sentencia, *ex* artículo 1.715.3 L.E.C. El Tribunal Superior casa la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que María Cinta J.M. instituyó heredera a su nieta María Isabel F.C. y legó lo que por legítima le correspondiera a sus hijos; que a los efectos de cálculo de la legítima el valor de los bienes hereditarios, deducción hecha del pasivo, importa la cantidad de 106.696.393 ptas. y que, por tanto, la legítima global asciende a 26.674.098 y la individual a 6.658.524 ptas.; que no procede la revalorización de la citada cantidad para el caso de que se pague en dinero la legítima y que, en consecuencia, se condene a los demandados a pagar a Elisa, Montserrat y Sofía F.J. la cantidad de 6.338.524 ptas. en concepto de legítima, con los intereses legales a contar desde la muerte de la testadora.

No se hace expresa imposición de costas por el Tribunal Superior.

VII.— Sentencia de 16 de diciembre de 1993.

Miguel V.S. c/ Salvador V.S.

Don Miguel V.Ll. donó a su hijo Miguel V.S. una finca a cuenta de sus derechos hereditarios en la herencia de su padre. Don Miguel V.Ll. otorgó testamento en 1988 en el que se ordenaba un legado dinerario a favor de su nuera, instituía heredero a su hijo Salvador V.S. y añadía que no atribuía nada a Miguel V.S. porque ya había recibido en vida bienes suficientes en pago de su legítima. Ordenaba también el testador que para el caso de que el hijo legitimario reclamase el suplemento de la legítima debía imputar a su legítima todo lo recibido de su padre por donación u otro título gratuito. El testador murió el 1 de diciembre de 1989.

Don Miguel V.S. formuló demanda contra su hermano y heredero en la que reclamaba el suplemento de legítima, puesto que consideraba que la legítima ascendía a 25 millones de pesetas y que él había recibido bienes de su padre por valor de 5.500.000 ptas. El actor basaba su pretensión en que el testador había transmitido en vida su patrimonio inmobiliario al instituido heredero a cambio de una renta vitalicia que, en realidad, encubría una donación. Solicitaba además que la transmisión de bienes al heredero se declarase nula, en su defecto, que encubría una donación computable para determinar la legítima o subsidiariamente se computase como donación la diferencia entre el valor de los bienes objeto de transmisión y el presunto precio pagado al hijo. Asimismo solicitaba la condena al pago de los intereses del suplemento de la legítima desde el acto de conciliación o, en todo caso, desde la interpelación judicial.

Don Salvador V.S. se opuso a la demanda y solicitó que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Granollers dictó sentencia en 1991 por la que estimó íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia de Barcelona lo estimó en parte y declaró el valor computable de dos fincas registrales y del negocio del testador, mientras que mantuvo el resto de pronunciamientos de la instancia.

El demandado formuló recurso de casación que articula en cinco motivos, amparados todos ellos en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C.

El primer motivo de casación señala como normas infringidas el artículo 1.790 C.c. en relación con el artículo 129 C.D.C.C. (ha de entenderse artículo 127 C.D.C.C. de 1984) y la doctrina del Tribunal Supremo que cita. A juicio del recurrente, ha de considerarse válido el contrato de renta vitalicia y no puede tildarse de nulo por falta de causa. El Tribunal Superior rechaza el motivo porque el recurrente ataca la consideración efectuada por la sentencia de primera instancia, rectificada por la Audiencia, y en el recurso de casación la sentencia que ha de combatirse es la de la Audiencia. En ese sentido, el Tribunal Superior estima correcta la solución de la sentencia de la Audiencia que considera la computación del valor de la finca, puesto que entiende que se encubre una donación en la parte que excede de la contraprestación alimenticia a cargo del heredero.

El segundo motivo de casación aduce infracción del artículo 129.1 (127 de la C.D.C.C. de 1984) en relación con los artículos 1.802, 618 y 1.274 C.c. Opina el recurrente que aunque el contrato de renta vitalicia disimulase una donación, esta sería onerosa y no computable. El Tribunal Superior, de acuerdo con la evolución legislativa de la solución que ofrece el Código civil, estima que, según lo dispuesto en los artículos 629 y 622 C.c., la donación onerosa queda sometida al régimen jurídico de las donaciones en la parte que exceda del valor de la carga o gravamen impuesto al donatario.

El tercer motivo de casación alega infracción del artículo 1.253 C.c., en relación con el artículo 3.1 y 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984). El Tribunal Superior desestima el motivo puesto que, de acuerdo con una constante jurisprudencia, la impugnación de las presunciones en casación sólo prospera si la deducción hecha por el juzgador es ilegal, absurda, inverosímil o contraria a las reglas de la lógica, y, en este caso, no se da ninguna de las hipótesis citadas.

El cuarto motivo de casación concreta la infracción de las normas del ordenamiento jurídico en el artículo 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984), de acuerdo con los artículos 1.204, 1.209 y 1.244 C.c. El rechazo del motivo se produce porque el recurrente intenta una nueva valoración de la prueba y ello no es posible en casación a menos que la valoración de la instancia resulte ilógica o equivocada.

El último motivo de casación denuncia, en particular, infracción del artículo 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984), en relación con el 132 (en realidad 131 C.D.C.C.). El recurrente solicita que los bienes objeto de la donación han de computarse por el valor que tuviesen al morir el testador. El Tribunal Superior rechaza este último motivo por cuanto se trata de una cuestión nueva que no puede plantearse en casación.

El rechazo de todos los motivos lleva consigo la desestimación del recurso de casación, con la imposición de las costas al recurrente.

VIII.— Sentencia de 3 de enero de 1994.

María Luisa G.R. y Ricardo, Felipe, Paola, Yolanda, Silvia, Edgar y Luis Albert F. de R.G. c/ María Remedios G.R.

Doña María Remedios G.R. interpuso demanda contra su hermana María Luisa G.R., el marido de ésta, sus hijos y don Joaquín R.J., en la que solicitaba la nulidad del testamento de su madre, Remedios R.C., por falta de capacidad y, en su defecto, por dolo o engaño en su otorgamiento. Asimismo solicitó la nulidad al faltar la hora de su otorgamiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus dictó sentencia en 1990 en la que estimaba la demanda, aunque absolvía al marido de la primera demandada, y declaraba la nulidad del testamento.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que estimaba la apelación adhesiva de la actora al considerar también nulo el testamento, pues éste no indicaba la hora del otorgamiento y desestimaba el recurso de apelación de los demandados.

Contra la resolución de la Audiencia de Barcelona, la parte demandada formula recurso de casación. El primer motivo del recurso, con base en el artículo 1.692.3 L.E.C., aduce infracción del artículo 359 L.E.C. en relación 248.3 L.O.P.J. El Tribunal Superior rechaza el motivo de casación porque la sentencia impugnada responde a las peticiones deducidas.

El segundo motivo de casación, con base en el mismo ordinal que el anterior, denuncia infracción del artículo 11.1 L.O.P.J. y de las normas reguladoras de la práctica de la prueba, al amparo de los artículos 578 y concordantes de la L.E.C., en relación con los artículos 596.7 y 597 L.E.C. El rechazo del presente motivo se produce porque el Tribunal Superior considera que no concurre ninguna anomalía ni olvido de derechos fundamentales, a la vez que no se infringen las normas reguladoras de la práctica de la prueba.

Los cuatro restantes motivos, amparados en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., son asimismo rechazados por el Tribunal Superior por lo que se refiere al tercero, que alega aplicación indebida del

artículo 1.253 C.c., por error en la apreciación de la prueba, afirma el Tribunal Superior que no es posible una nueva valoración de la prueba si no se infringe de forma manifiesta y evidente las reglas de la sana crítica. En cuanto al cuarto motivo, que aduce la infracción del artículo 664 C.c., respecto a la irretroactividad de la enajenación mental para invalidar un testamento anterior, el Tribunal Superior desestima este motivo, puesto que entiende que la infracción no se produce porque la sentencia de la Audiencia llega a la conclusión que la enajenación mental existía en el momento de otorgar testamento y que la capacidad del otorgante es una presunción *iuris tantum*, combatible por pruebas suficientemente convincentes como las de instancia.

Respecto al quinto motivo, se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 202 y 1.302 C.c. Alega la parte recurrente que la actora debió solicitar antes la incapacitación y que, con posterioridad, el artículo 1.302 C.c. le impide solicitarla en el futuro. El Tribunal Superior desestima el motivo porque el presente pleito examina únicamente la validez de un testamento y no la de otros negocios jurídicos.

Por último, el sexto motivo de casación alega infracción por aplicación errónea de los artículos 1 y 101 C.D.C.C. e infracción por inaplicación del artículo 125 del Código de Sucesiones. El artículo 125 C.S. dispone que si falta la expresión de la hora no se anula el testamento si el testador no ha otorgado otro en aquella fecha. No obstante, según la D.T.^a 3.^a C.S., las normas aplicables al presente caso son las de la Compilación. De todas formas, el Tribunal Superior sustenta que la expresión de la hora no es imprescindible para la validez del testamento si no se otorgó otro en la misma fecha. Afirma el Tribunal que este criterio interpretativo no tiene efecto retroactivo si es necesario para averiguar la voluntad del causante, pero sí puede tenerlo para analizar el rigor de las formalidades testamentarias. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 3 C.c., se estima el motivo del recurso.

No obstante la estimación de un motivo del recurso, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que acepta la nulidad del testamento por falta de capacidad.

IX.— Sentencia de 21 de marzo de 1994.

Andrés, Mario y Miguel L.L. c/ Carmen L.L.

Doña Carmen L.L. interpuso demanda contra Andrés, Mario y Miguel L.L. en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la renuncia que consta en escritura pública, la nulidad de dos escrituras por encubrir donaciones, la colación de los bienes que los demandados habían recibido como donaciones encubiertas, la formación de inventario del

caudal relicto y el pago de la legítima a la actora más los intereses desde la demanda. La parte demandada solicitó la desestimación de la demanda.

El juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que declaraba la nulidad de la renuncia a los derechos legitimarios de futuro, que ciertas escrituras públicas encubren donaciones onerosas, por lo que se procede a su colación para el cálculo de la legítima y la obligación de formar inventario y de pagar la legítima o suplemento que corresponda a Carmen L.L.

Los demandados interpusieron recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona en 1993 desestimó el recurso de apelación.

Los demandados formularon recurso de casación basado en seis motivos, los tres primeros con fundamento en el ordinal tercero del artículo 1.692 L.E.C. y los tres restantes en el ordinal cuarto del citado artículo.

El Tribunal Superior rechaza los dos primeros motivos de casación, con base en una pretendida infracción del artículo 359 L.E.C. En cambio, estima el tercero, con fundamento también en una infracción del artículo 359 L.E.C. y en una posible *reformatio in peius*, puesto que confirma la sentencia de instancia pese a que el fallo de primera instancia se contradice manifiestamente con un fundamento de la sentencia de la Audiencia Provincial.

El cuarto motivo, que denuncia infracción de la jurisprudencia sobre negocios declarativos o de fijación o verificación, es desestimado por el Tribunal Superior, por cuanto la interpretación de los contratos corresponde a la instancia y sólo es revisable en casación si la interpretación es inverosímil, absurda o contraria a la lógica. Circunstancias que no concurren en el presente caso.

El quinto motivo del recurso no se examina puesto que se formula como subsidiario del tercero y para la hipótesis que no sea estimado.

El último motivo de casación aduce violación del artículo 125 C.D.C.C. en relación con los artículos 618, 619 y 1.274 C.c. Opina el recurrente que las donaciones onerosas o remuneratorias no son computables para el cálculo de la legítima. El Tribunal Superior, de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1993, señala la necesidad de computación de las donaciones onerosas en aquello que exceda de la carga o gravamen impuesto al donatario.

Por consiguiente, el Tribunal Superior estima el tercer motivo del recurso y, no obstante confirmar los fallos de las sentencias de instancia, declara que las cantidades donadas por los tres hijos demandados a su madre con motivo de dos transmisiones de acciones han de computarse a efectos del cálculo de la legítima.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS REALES

El T.S.J.C. ha tenido ocasión de tratar sobre la normativa catalana en materia de derechos reales en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 1 de marzo de 1993.

Las cuestiones a resolver en esta sentencia tienen su origen en los siguientes hechos. El señor Luis V.H. era propietario de la finca Mas Bosch. En noviembre de 1980 dicho señor segregó una porción de dicha finca y la vendió a su hijo Juan V.V. Por otra escritura pública de febrero de 1981 el Sr. Juan V.V. compró al obispado otra finca que se encuentra dentro de la primera. Don Luis otorgó testamento el 21 de febrero de 1984 en que legaba a sus hijos Juan y Ana M.^a lo que por legítima les correspondiera y nombraba heredera a su hija M.^a Dolores. Por escritura pública de diciembre de 1986 Don Luis donó a su hija M.^a Dolores una finca de su propiedad. Don Luis murió el día 28 de junio de 1987 y su hija tomó inventario de su herencia por escritura pública de 28 de diciembre de 1987.

Durante los años 1974 a 1976 Don Juan construyó un granja en terrenos de la finca de su padre e hizo plantaciones y mejoras en la misma. Hay que precisar que Don Juan vivía en compañía de su padre todos estos años y que esta situación de convivencia se mantuvo después de que Don Juan contrajera matrimonio en el año 1981 y que el mes de agosto del año 1983 el citado señor y su esposa dejaron el hogar paterno y fueron a vivir en la casa que se habían construido en la finca que habían adquirido de su padre. Con fecha 2 de mayo de 1990 Doña M.^a Dolores promovió demanda contra su hermano Don Juan en la que pedía que se dictara sentencia declarando el derecho de la parte actora a delimitar su finca Mas Bosch, que se condene al demandado a dejar las fincas y granjas que ocupa de forma indebida a disposición de la parte actora, que se declare que la posesión de dichas fincas no tiene ninguna causa, que se obligue al demandado a restituir el enriquecimiento injusto que ha obtenido y finalmente que se le condene a pagar el importe de la electricidad que ha consumido. Y, para el caso que el demandado pretendiera ejercer el derecho de retención, se entendiera que se tenía que concretar a las cantidades pagadas en concepto de materiales y jornales de los operarios. Don Juan contestó a la demanda y formuló al mismo tiempo reconvencción en la que interesaba que se declarase que era propietario de los terrenos ocupados por la granja y construcciones anexas por título de donación hecha por su padre cuando se hicieron las construcciones, que la actora debe pagar las mejoras

que éste ha hecho en las fincas paternas y que ahora son de su propiedad. Subsidiariamente pedía que se declarase que el reconviniente tiene derecho a hacer suyos los terrenos sobre los que ha construido la granja y edificaciones anexas que hizo con la aquiescencia de su padre, con la consiguiente condena a la parte actora a otorgar escritura pública a favor de su hermano, que la actora debe pagar las plantaciones, obras y mejoras que el reconviniente hizo en la casa paterna y finalmente que se condenase a la parte actora a pagar a Don Juan la legítima que le corresponde, para el cálculo de la cual debe tenerse en cuenta el valor de la finca donada a Doña M.^a Dolores. En el escrito de contestación a la demanda reconventional la parte actora pedía la desestimación de las peticiones y que al calcular la legítima se dedujeran los gastos de entierro y del importe de la legítima el importe del impuesto de sucesiones pagado por cuenta del legitimario.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de Doña M.^a Dolores a delimitar la finca y ordenó el desalojo del demandado de dicha finca y de la granja previo el pago por parte de la demandante de la legítima que le correspondía. Contra la citada sentencia presentaron recurso ambos litigantes ante la Audiencia que estimó en parte ambos recursos, revocando la decisión del Juzgado únicamente en los puntos siguientes: a) en lo referente a la condena a desalojar las fincas, la considera procedente respecto a los bienes a los que no afecta el derecho de retención (que enumera) y en relación a los bienes afectados por dicho derecho el desalojo queda subordinado a que el demandado declare la cuantía a la que se refiere el artículo 278 C.D.C.C., b) condena a Don Juan V. al pago del suministro de electricidad de la granja. En segundo lugar, y en lo que se refiere a la reconvencción se establece que la legítima devengará intereses desde el 28 de junio de 1987, se declara que la Sra. M.^a Dolores V. deberá pagar los gastos de nivelación de márgenes y regueros de la finca, el valor de las plantaciones de árboles existentes y de los que se talaron.

Dada su trascendencia, la sentencia del T.S.J.C. analiza en primer lugar el tercer motivo del recurso de casación que alega infracción del artículo 372 L.E.C. y 248 L.O.P.J., ya que la sentencia recurrida al condenar a la actora al pago de la nivelación de márgenes y plantaciones no cita en los fundamentos de derecho ningún precepto legal, ni jurisprudencia, por lo que vulnera la exigencia de fundamentación jurídica de las sentencias. El motivo se desestima porque se considera que los razonamientos del Tribunal sentenciador, aunque formulados en términos generales, revelan claramente los motivos justificantes de la resolución adoptada, ya que, según diferentes sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional, la falta de fundamentación sólo se da cuando las partes litigantes no pueden conocer los motivos de la decisión a los efectos de su posible impugnación, ni permite a los organismos jurisdiccionales superiores ejercer la función revisora que les

corresponde, cosa que no sucede en el caso presente. Además, la desestimación del motivo se fundamenta también en que la parte recurrente impugna la valoración de las pruebas realizadas por el Tribunal de instancia, valoración que no es revisable en casación, dado el carácter extraordinario de dicho recurso y la vía por la que se impugna: el artículo 1692.3 L.E.C.

Ambas partes alegan que la sentencia de la Audiencia es incongruente, ya que la parte actora considera en el primer motivo del recurso que no se hace ningún pronunciamiento sobre la existencia de enriquecimiento injusto del demandado, mientras que el fundamento jurídico octavo de la sentencia admite que se valore dicho enriquecimiento en ejecución de sentencia. En el segundo motivo se alega incongruencia defectiva, por la contradicción que, según la parte actora, hay entre el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y su parte dispositiva en el aspecto que hace referencia a la distinción entre los bienes sobre los que el demandado puede ejercer el derecho de retención y los excluidos, lo que le lleva a establecer una indemnización por duplicado respecto a los gastos de nivelación de márgenes, los árboles plantados y los talados. Por lo que hace referencia a los motivos alegados por la parte demandada y reconviniendo, en el primer motivo se alega incongruencia, porque la sentencia de la Audiencia no ha resuelto todos los puntos sometidos a su decisión, ya que se establece que el recurrente construyó la granja y se fija el importe y en la parte dispositiva no se hace ningún pronunciamiento sobre este concepto. El segundo motivo alega también incongruencia, porque la sentencia de apelación reconoce su derecho de retención y derecho de la parte actora a percibir el importe de las obras y plantaciones y en la parte dispositiva no hace referencia a la cantidad de 3.148.840, correspondientes al valor de la construcción de la granja y fincas anexas. El tercer motivo de casación alega también incongruencia, porque en el escrito de reconvención se pedía que se condenara a la parte actora a pagar a su hermano la cantidad citada y a otorgar escrituras públicas y a pagar las cantidades reservadas, y en la parte dispositiva no se hace ningún pronunciamiento sobre estos aspectos.

La sentencia del T.S.J.C. pone de relieve que los motivos primero y segundo del recurso presentado por la parte demandada y reconviniendo se relacionan de manera muy directa con el segundo motivo de la parte actora, según el criterio del Tribunal este motivo habría sido seguramente innecesario si la parte recurrente hubiera presentado recurso de aclaración. En este grado de casación debe estimarse que la decisión de la sentencia de apelación hay un *lapsus calami*, porque del contexto de la sentencia resulta clara la distinción entre bienes objeto del derecho de retención y bienes excluidos que es la que resulta del fundamento jurídico séptimo, por ello dichos motivos deben estimarse, ya que existe una incongruencia defectiva, porque no se resuelve sobre los hechos sometidos a la decisión del Tribunal y que la propia sentencia declara que se han acreditado, por lo que debe declararse que

la parte actora ha de pagar, además de la cantidad a la que se le condena, 3.148.840 de pesetas más por los conceptos citados.

En lo referente al segundo motivo de la casación el recurso debe resolverse declarando el derecho de retención a favor del reconviniente sobre las fincas que detalla el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y que también debe ser estimado el motivo en la parte que alega duplicidad de indemnizaciones a favor del reconviniente por los conceptos de nivelación de márgenes y plantación de árboles, porque la sentencia es igualmente incongruente en este aspecto. La sentencia recurrida acepta el valor de las edificaciones y plantaciones que originan el derecho de retención y después exige que, en trámite de ejecución de sentencia, se declaren las cantidades que debe garantizar el derecho de retención; por consiguiente debe entenderse que el demandado no tiene que devolver a la actora las fincas en las que había hecho obras, respecto a las que puede ejercer el derecho de retención con los efectos que establece el artículo 278 C.D.C.C.

El tercer motivo de casación es claramente desestimable, en primer lugar, porque la condena al otorgamiento de las correspondientes escrituras se hacía para el caso de que se estimaran las pretensiones que fueron desestimadas en las instancias inferiores. En cuanto a la inconcreta petición de que condene a la parte actora a pagar las obras, mejoras, etc. sólo hay que añadir que ya se han acreditado en el período de pruebas. Ello lleva a desestimar el tercer motivo, por lo que también se desestima el cuarto, que está directamente relacionado con él y con el segundo que ha sido estimado.

El último de los motivos de casación del demandado alega que la sentencia se olvida de hacer referencia al enriquecimiento injusto, dicho motivo debe rechazarse porque prejuzga la mala fe del constructor, que, además, no tiene justificación.

El octavo fundamento jurídico de la sentencia del T.S.J.C. examina el sexto motivo del recurso de la parte actora que alega interpretación errónea del artículo 278 C.D.C.C. El motivo es claramente desestimable porque la buena fe que exige el artículo citado supone que una persona edifica, planta o siembra porque piensa que su actuación es lícita y esto es lo que sucede en el caso que da origen a este recurso. El hijo hace unas construcciones, plantaciones etc., sabiendo que actúa sobre fincas ajenas, pero todos los actos que realiza son consentidos y aprobados por su padre. Como resulta de los precedentes del artículo 278 C.D.C.C. se considera constructor de mala fe al que actúa sabiendo que edifica en suelo ajeno contra la voluntad del propietario, la doctrina considera entonces que se presume que el propietario del terreno ha conferido al tercero la facultad de edificar. El Tribunal Superior considera que hay que desestimar igualmente la pretensión de que el hijo no puede decirse que ha actuado de buena fe, porque posteriormente a la realización de las obras el padre reclamó la posesión de

las fincas sobre las que había hecho las obras, ya que la buena fe ha de valorarse en el momento de realización de las obras, no después cuando ya ha nacido el derecho de retención. Por consiguiente el derecho de retención, ejercitado teniendo en cuenta unas construcciones hechas de buena fe, subsiste incluso después de que el propietario haya manifestado su voluntad de recuperar la posesión.

El noveno fundamento jurídico de la sentencia analiza el quinto motivo de casación de la parte actora que alega aplicación indebida del artículo 278 C.D.C.C., en primer lugar, porque considera improcedente incluir los jornales del propio retenedor en la deuda que se reclama. Este argumento es estimable, ya que la relación paterno filial entre el propietario y el constructor no puede contemplarse en términos de derecho patrimonial puro, ya que el hijo dedicaba sus actividades laborales a la explotación con la expectativa, más o menos fundamentada, de que al morir su padre se convertiría en heredero de las fincas. Con esta actividad se han obtenido, además, unas plusvalías de las que se beneficia el constructor, ya que se integran en las cantidades que acredita. Incluso en el caso de que se considere que los jornales tienen un valor superior al aumento de valor, éstos vendrían compensados por los alimentos que el hijo recibió de su padre mientras trabajaba. Esta interpretación de compensar los trabajos realizados por el hijo con los alimentos es conforme con los principios que informan el derecho sucesorio y familiar catalán, como resulta por ejemplo del artículo 137 II C.D.C.C. (y actualmente 365 II C.S.) en los que se prevé que la legítima no devenga intereses mientras el legitimario viva a cargo del patrimonio hereditario.

En lo referente al momento en que deben valorarse las construcciones que originan el derecho de retención, el problema se resuelve precisando que, de acuerdo con los principios que informan el ordenamiento catalán, la indemnización debe calcularse actualizando el valor de los materiales y jornales que se emplearon realmente, pero sólo hasta el límite que supone el valor real de las construcciones en el estado en que hoy se encuentran.

El séptimo motivo de casación formulado por la parte actora alega interpretación errónea del artículo 129 C.D.C.C. sobre el cálculo de la legítima, ya que no reconoce que para efectuar dicho cálculo debe deducirse del caudal hereditario el importe de las indemnizaciones que deban pagarse. Dicho motivo debe ser estimado, ya que las construcciones que el hijo realizó determinaron que el padre, propietario del terreno, no pudiera recuperarlo sin pagar el importe de la indemnización, por lo cual se trata de una deuda originada antes de la apertura de la sucesión y en esta relación jurídica el padre asumía la condición de deudor y a su muerte el heredero se subroga en la posición del causante. Ello implica hacer las correcciones pertinentes en el cálculo de la legítima que hacen las sentencias recurridas.

Por último se analiza el cuarto motivo de casación de la parte actora que alega aplicación indebida del artículo 533.6 L.E.C., ya que se ha formulado la demanda sin atenerse a los requisitos del artículo 524 L.E.C., que exige invocar los fundamentos jurídicos que dan soporte a las pretensiones de la parte demandante, y que al incumplirse en la reconvencción dan lugar a indefensión de la parte contraria. Este motivo debe desestimarse, porque debe darse mas importancia al suplico de la demanda o reconvencción que a la existencia de una enumeración casuística de los preceptos legales, ya que de la misma y de los argumentos utilizados puede deducirse que es lo que pretende el litigante y la fundamentación jurídica de las pretensiones. El demandado en reconvencción ha tenido la oportunidad de contestar de forma adecuada las peticiones de la demanda reconvenccional.

Por todo ello el Tribunal Superior falla revocando en parte la sentencia de la Audiencia y declarando que el demandado y reconviniente puede ejercer el derecho de retención sobre las edificaciones realizadas y las fincas en las que ha hecho plantaciones y nivelación de márgenes en garantía de la cantidad de 5.538.422 de pesetas, con deducción de las cantidades que se acrediten en concepto de jornales del retenedor y valorando las construcciones realizadas actualizando el valor de los materiales y jornales, pero únicamente hasta el límite del valor real de las construcciones en el estado en que hoy se encuentran con los correspondientes intereses legales. Declara también que para el cálculo de la legítima tiene que deducirse del caudal hereditario en concepto de deudas del causante las cantidades que efectivamente deba pagar a la actora por las mejoras hechas en la finca objeto del derecho de retención.

II.— Sentencia de 6 de julio de 1993.

Don Francisco T.A. presentó demanda contra el Ayuntamiento de C. en la cual solicitaba se dictara sentencia declarando que el camino, pretendidamente municipal, mediante el cual lindaban las fincas pertenecientes al actor tenía el carácter de camino entre fincas y constituía parte integrante de las mismas, por lo que el Ayuntamiento de C. debía reponer el camino a su estado anterior, realizando las obras necesarias para evitar que en el futuro las fincas de Don Francisco pudieran resultar afectadas por cualquier daño derivado de la ampliación de dicho camino. Finalmente, se solicitaba que se condenara al Ayuntamiento a abonar los daños y perjuicios ocasionados al demandante. El demandado alegaba incompetencia de jurisdicción y litisconsorcio pasivo necesario y solicitaba se desestimara la demanda. El Juzgado de Primera

Instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Francisco y absolvió a la parte demanda del primer pedimento del suplico, ratificando la absolución respecto de los pedimentos segundo y tercero del suplico. La sentencia del Tribunal Superior, antes de entrar en los motivos de casación, pone de relieve que la cuantía del pleito supera el mínimo exigible para la casación, por lo cual no puede desestimar el recurso como solicitó la representación del Ayuntamiento de C.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia de casación desestima el primer motivo del recurso, que alegaba inaplicación del artículo 342 C.D.C.C., ya que la fundamentación de la sentencia recurrida afirma que el camino litigioso es de titularidad municipal, por haberse utilizado desde tiempo inmemorial, decisión que es coherente con la base fáctica en que se apoya: su utilización pública desde tiempo inmemorial. De hecho, lo que se pretende en este motivo es imputar la base fáctica, ya que se considera que no han transcurrido los treinta años preceptivos y ello comporta una nueva valoración de la prueba improcedente en casación y que no cabe denunciar error de derecho en la valoración probatoria sin citar el precepto procesal sustantivo que haya podido resultar infringido.

La misma suerte desestimatoria corre el segundo motivo del recurso, que denuncia inaplicación del artículo 344 C.D.C.C., ya que se pretende una nueva valoración de la prueba documental que no es posible realizar en casación y que, además, este motivo es subsidiario del anterior.

El tercer motivo considera infringidos los artículos 348 y 609 C.C. en relación al 8.4 del Decreto de 27 de mayo de 1955 y el 21.2 del Decreto de 17 de octubre de 1988 de la Generalitat de Catalunya. Dicho motivo no puede tampoco estimarse, porque se parte de una base fáctica distinta a la tomada en consideración por la sentencia recurrida.

El Fundamento Jurídico sexto desestima el cuarto y último motivo que alega interpretación errónea de los artículos 349 C.C. y 124 y 125 L.E.F. El motivo está defectuosamente planteado, porque la excepción de falta de jurisdicción debe basarse en el apartado primero del artículo 1692 y porque se parte de un dato fáctico que no es cierto, ya que se dice que no se ha consignado el justo precio en contra de la afirmación de la sentencia de instancia.

Tampoco es posible ejercitar la acción derivada de la culpa extracontractual, al no configurarse una causa petendi que pudiera servirle de soporte.

Por todo ello la sentencia del Tribunal Superior confirma integralmente la de la Audiencia desestimando el recurso de casación.

III.— Sentencia de 29 de septiembre de 1993.

La demanda incidental de previo y especial pronunciamiento interpuesta por los Srs. José Luis y Angel S.S. y los Srs. Eduardo B.M. y M.^a del Carmen H.G. contra Mirpe S.A. que ha dado origen a este recurso de casación se deriva del juicio promovido por Mirpe S.A. contra los Srs. Magin V.C., Natividad M.P. y Francisco P.A. en la que la mencionada entidad postulaba que se elevara a escritura pública un documento privado de compraventa y que obtuvo sentencia favorable que ganó firmeza. En el trámite de ejecución, los actores del presente recurso formularon demanda incidental para obtener la suspensión de la ejecución en lo que pudiera afectar a la entrega de la posesión de algunas parcelas de la finca que ellos habían adquirido mediante escritura pública el día 16 de octubre de 1987, por considerar que tenían el derecho de retención de lo allí edificado hasta que la sociedad Mirpe les reintegrase, afinanzase o consignase el valor de las obras.

El Juzgado desestimó la demanda incidental, absolvió a Mirpe S.A. y levantó la suspensión de la ejecución de sentencia. Dicha sentencia fué recurrida ante la Audiencia que desestimó también el recurso de apelación. Los Srs. José Luis y Angel S.S. formalizaron recurso de casación.

El primer motivo del recurso de casación alega infracción de los arts. 1950, 433 y 434 C.C., dado que los recurrentes adquirieron por medio de escritura una finca, que los vendedores tenían inscrita a su nombre en el Registro, que en la escritura se manifestaba libre de cargas, de la cual tomaron posesión e inscribieron a su nombre sin ningún obstáculo. Dado que, de acuerdo con los artículos citados, la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de la que recibieron la finca era propietario y podía transmitir su dominio y que ignoraban la existencia de ningún vicio en la adquisición del inmueble, circunstancias todas ellas que consideran acreditadas en el caso presente, solicitan sea admitida dicha condición. A esta petición responde la sentencia del T.S.J.C. que, dado que la demanda promovida por Mirpe S.A. estaba anotada en el Registro con anterioridad a la compraventa de los actores de la parte del inmueble en que efectuaron la edificación que pretenden retener, los actores no pueden alegar como lo hacen ignorancia de un vicio que podía afectar a la titularidad del enajenante, ya que dicha ignorancia, de existir, era perfectamente vencible. La situación registral de la finca debía afectarles dado que el Registro pone de manifiesto la situación de la propiedad *erga omnes*, otorgando valor legal al hecho inscrito con independencia de que falte el conocimiento efectivo de las personas concretas. Esta afirmación no se contradice con el hecho de que en la escritura pública constara que la finca se hallaba libre de cargas, porque esta expresión la hacen los otorgantes a los que el notario hace las reservas legales. La reforma

del Reglamento Notarial de 16 de diciembre de 1992, además de ser posterior a los hechos, no se opone para nada a lo dicho, y, aún así, el artículo 175 no es de aplicación cuando el adquirente declara su voluntad de prescindir de la información registral que dicho artículo impone.

A pesar de todo lo dicho, lo que importa no es fijar la buena fe en el momento de la adquisición de la finca, sino en el momento de la construcción de las edificaciones y el desembolso de los gastos que permitirían la retención de la finca, porque, incluso en el caso de que la posesión hubiera sido adquirida de buena fe (cosa que no sucede), era necesario además que permanecieran en esta situación en el momento en que efectuaron la inversión. Debe tenerse en cuenta que, en la fundamentación del recurso de casación, los recurrentes reconocen que Mirpe S.A. les notificó fehacientemente, con fecha 9 de noviembre de 1987, la existencia del procedimiento o litigio que sostenía dicha sociedad contra Don Magin C.V. y que por ello hasta tal fecha no conocieron la existencia de dicho litigio. En las actuaciones, por tanto, consta un hecho pacífico y plenamente reconocido por los litigantes y es que veintitres días después de la adquisición de la finca por parte de los actores y más de seis meses antes de la tramitación y obtención del permiso de edificación por los mismos, éstos sabían la existencia de un posible vicio que podía dar lugar a la invalidación de su título posesorio, como así sucedió. A partir de este momento, la incluso supuesta buena fe inicial, queda excluida de tal manera que la más elemental prudencia exigía tener en cuenta la existencia del litigio antes de efectuar cualquier gasto. La presunción de que se continua gozando de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió desaparece cuando se demuestra la existencia de una mutación que la contradice. Por tanto, es procedente desestimar el motivo, ya que la expresión del artículo 278 C.D.C.C. se refiere explícitamente a la buena fe existente en el momento en que se procede a la edificación.

El tercer fundamento jurídico de la sentencia analiza el segundo motivo del recurso que alega infracción del artículo 1253 C.C., ya que los recurrentes, pese a que aceptan los hechos que la sentencia expresa, consideran que las consecuencias que extrae no corresponden a las exigencias de la sana lógica. Fundamentan esta afirmación en el hecho de que las construcciones fueron hechas a la vista, ciencia y paciencia de Mirpe S.A. y en que el litigio entre esta sociedad y los vendedores tuvo lugar sin que los actores de este incidente tomaran parte en él, y en que el hecho de que la demanda estuviera inscrita en el Registro no obliga a concluir que los recurrentes tuvieran constancia de él, por lo cual son poseedores de buena fe. El Tribunal Superior contradice este motivo poniendo de relieve que la sentencia de la Audiencia basa la condición de poseedores de buena fe no sólo en la publicidad registral de la anotación de demanda, sino que hace suyos los argumentos de la sentencia del Juzgado que confirma, entre los que se incluye, no sólo

el citado, sino también la existencia de una notificación fehaciente del litigio que no permite alegar ignorancia del vicio adquisitivo y la oposición a la edificación de Mirpe S.A. que consta en el documento 18 bis de la demanda incidental. Por todo ello desestima el motivo, destacando que el hecho de no tomar parte en la contienda judicial no quiere decir que ésta no le afecte ya que puede afirmarse que nadie puede transferir más de lo que tiene y que la protección del tercero de buena fe del artículo 34 L.H. tiene como excepción las acciones rescisorias y resolutivas cuyo origen sean causas que constan explícitamente en el Registro.

El Fundamento Jurídico cuarto analiza la supuesta infracción del artículo 278 C.D.C.C. y considera que es tributaria de los motivos analizados anteriormente, porque definida la falta de buena fe de los actores en el momento de edificar las obras cuya retención pretenden, es obvio que no tienen el derecho que postulan. Carece además de sentido instar la suspensión de la ejecución de sentencia, ya que la demanda incidental se formula cuando ya se había dado la posesión de la finca a Mirpe S.A. por parte del Juzgado y ya había sido demolido lo allí construido, ya que la cuestión que debería ser objeto de la demanda es la indemnización del valor de las obras contra quien fuera procedente, ya que no se puede retener lo que no se tiene y menos lo que no existe. Los actores se han limitado a pedir dicha indemnización en el *petitum*, con una variación sustancial de la demanda, lo cual es del todo inadmisibles, ya que el Juzgado está obligado a no separarse de las cuestiones de hecho, ni de las de derecho que los litigantes hayan sometido a su conocimiento.

Por todo ello se desestima el recurso de casación.

IV.— Sentencia de 25 de octubre de 1993.

El origen de las actuaciones está en el proceso en el que los ahora recurridos ejercitaron la acción reivindicatoria sobre determinadas fincas detentadas por los ahora recurrentes solicitando así mismo la nulidad de determinadas escrituras públicas y la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. Las pretensiones de los demandantes fueron estimadas por el Juzgado y confirmadas posteriormente en apelación.

A la vista del anterior proceso, los recurrentes en este recurso de casación Don José M.C., Don Francisco A.F. y Don José M.^a M.A., presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando ser reembolsados de las mejoras efectuadas en las fincas, solicitando igualmente que se declarara el derecho de retención sobre las mismas

hasta que le fueran abonados los gastos efectuados. La mencionada demanda fue desestimada por el Juzgado y, confirmada dicha sentencia por la Audiencia, se presenta recurso de casación fundado en nueve motivos, el primero de los cuales fue inadmitido por la Sala.

El Fundamento Jurídico segundo desestima el segundo motivo del recurso que alega la infracción del artículo 1445 C.C., por entender los recurrentes que por la escritura de compraventa, luego anulada, adquirieron de los vendedores de las fincas los derechos que éstos tenían a reclamar las mejoras realizadas. El motivo se desestima porque el artículo 1445 C.C. resulta insuficiente por sí sólo para fundamentar la petición cuyo origen está en la citada y anulada venta.

El Fundamento Jurídico tercero desestima también el tercer motivo del recurso que alega infracción del artículo 453 C.C., ya que la sentencia de instancia mezcla este precepto con el condicionamiento de la evicción. Sin embargo, la sentencia de instancia aludida señala la evicción como el único camino para reclamar a los vendedores de los recurrentes las mejoras realizadas. Lo que sucede es que el artículo 453 del C.C. no es aplicable al supuesto de hecho, ya que las mejoras a las que se refiere el artículo se abonan al poseedor que efectivamente las ha realizado, mientras en el caso presente las pruebas practicadas demuestran que ni es éste el supuesto, ni fueron los recurrentes los que realizaron las obras. Igual suerte debe recaer en el siguiente motivo que denuncia la infracción del artículo 1475 C.C., ya que se insiste en los argumentos ya expresados, cuando el problema no se concreta a un supuesto de evicción, sino en reclamar unos gastos a quien debe satisfacerlos.

Los motivos quinto y sexto del recurso se refieren al ejercicio de dicho derecho de retención y denuncian la infracción de los artículos 278 C.D.C.C. y 453 C.C. Por lo que se refiere al artículo 453, resulta aquí también inaplicable, porque la posesión de las fincas ya la perdieron los recurrentes el 20 de junio de 1988, por lo que mal puede retenerse lo que no se tiene. En cuanto al artículo 278 C.D.C.C. no puede considerarse infringido, porque el supuesto que permite ejercer el derecho de retención es la edificación, plantación, siembra o roturación en suelo ajeno, lo que no sucede en el presente caso en que se ha perdido la posesión.

El Fundamento Jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Superior examina el motivo que denuncia la infracción del artículo 452 C.C. Según los recurrentes la cosecha por ellos plantada, cultivada y recogida debe ser percibida por ellos o bien repartida como establece el artículo 452 C.C., ya que si la sentencia de instancia presume la buena fe de los actores, éstos deben tener derecho a los frutos de la finca en el año en que se perdió su posesión. En la contestación a la demanda, los demandados formularon reconvencción por el producto de la cosecha recogida por

los actores una vez recobrada la posesión de las fincas y la reconvencción fue estimada. El presente motivo no se basa en los derechos adquiridos en la compraventa, sino en sus derechos como poseedores y cultivadores frente a los derechos de aquellos que recobraron las fincas y fueron repuestos en su titularidad dominical. En este contexto, el artículo 452 faculta a los poseedores, ahora recurrentes, para exigir que se les paguen los gastos hechos para la producción de la cosecha y del producto líquido de la misma en proporción al tiempo de su posesión, por lo cual se estima el séptimo motivo del recurso.

El Fundamento Jurídico séptimo desestima el siguiente motivo del recurso que alega *infracción del principio y doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto*. Aun prescindiendo de que no se dan los requisitos para que el motivo prospere en casación, ya que sólo se cita una sentencia del Tribunal Supremo, tampoco se puede admitir éste porque, en el caso presente, no se dan los presupuestos de aumento patrimonial del enriquecido, empobrecimiento del actor, falta de causa que justifique tal enriquecimiento e inexistencia del precepto legal que impida la aplicación del principio, pues no son los recurrentes, sino los vendedores, los que realizaron las mejoras.

Finalmente, el último de los motivos alegados, fundamentado al amparo del derogado número cuatro del artículo 1692, se refiere al error en la apreciación de la prueba. Los recurrentes, sin señalar ningún documento demostrativo de la equivocación, requisito que el precepto indicado exigía, se limitan a valorar a su propio criterio la prueba pericial realizada, intentando sustituir al juzgador de Instancia en su facultad de apreciación e interpretación de la prueba, tarea que queda al margen del recurso de casación.

Por todo lo cual el Tribunal falla estimando en parte el recurso, disponiendo que la reconvencción estimada en las sentencias de Instancia deberá aceptarse con expresa reserva a favor de los recurrentes del importe de los gastos hechos en la producción de la cosecha y del producto líquido de aquella en proporción al tiempo de posesión de la finca. Se confirma en los demás aspectos la sentencia impugnada.

V.— Sentencia de 23 de diciembre de 1993.

El Banco de los Pirineos presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra Doña Teresa V.S. en la que se solicitaba se declararan prescritos dos censos inscritos a favor de la demandada y que gravan la propiedad de la actora. Subsidiariamente se solicitaba la

redención de dichos censos satisfaciendo a la demandada las cantidades correspondientes para la redención de pensiones y laudemios. La sentencia del juzgado estimó la pretensión principal y la dictada en apelación confirmó esta resolución. La demandada formalizó recurso de casación fundamentado en siete motivos.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Superior desestima el motivo primero del recurso al entender que son inaplicables al caso los artículos 299.6 y 344 C.D.C.C. El recurrente alega que la demanda se interpuso en abril de 1990 y que desde la aprobación de la Compilación catalana el 22 de julio de 1960 y dicha presentación no han transcurrido treinta años, ya que según la disposición transitoria séptima de la C.D.C.C., que se remite a las disposiciones transitorias del C.C. y especialmente al artículo 1939 del mismo, la prescripción comenzada antes de la publicación de la citada ley se regirá por las disposiciones anteriores a la misma, que, según el recurrente, no establecía que los censos enfitéuticos en Cataluña prescribieran por el impago de pensiones. El Tribunal Superior considera por el contrario que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la prescriptibilidad de los censos en Cataluña por aplicación del *Usatge Omnes Causae* y a partir de la ley de censos de 31 de diciembre de 1945 los tratadistas admitieron cada vez más la prescriptibilidad de los censos basándose en el artículo 44 de dicha ley. La progresiva tendencia liberalizadora de las Leyes de 1945, 1957 y 1990 está en armonía con el artículo 299.6 C.D.C.C. y el 10 d) de la Ley de Censos de 16 de marzo de 1990.

Las razones expuestas al examinar el primer motivo del recurso son suficientes para desestimar los motivos segundo, tercero y cuarto ya que parten de la idea de que las leyes anteriores a la Compilación no admitían la prescriptibilidad de los censos, afirmación que el Tribunal Superior rechaza.

El fundamento jurídico sexto desestima el motivo quinto del recurso ya que pretende alterar la apreciación probatoria de la instancia, sustituyendo el criterio del juzgador por el sustentado por el recurrente, todo ello sin aducir argumentos convincentes demostrativos de una infracción legal de la citada apreciación probatoria.

Finalmente, como último motivo del recurso se alega aplicación indebida del *Usatge Omnes Causae*, ya que según el recurrente no puede pretenderse aplicar dicho *Usatge* a una situación jurídica ocurrida en el año 1988 amparada en las leyes de 1945 y 1957. Si se tiene en cuenta la irretroactividad de los artículos 299.6 y 344 C.D.C.C. y 10 d) de la Ley de Censos de 1990, con mayor motivo debe inaplicarse el *Usatge Omnes Causae*, ya que deben aplicarse las Leyes de 1945 y 1957. De nuevo el Tribunal Superior pone de relieve que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde los años 1877 a 1956 admite reiteradamente la prescriptibilidad de los censos si el censalista dejaba trans-

currir treinta años sin reclamar la pensión y que, además, el artículo 44 de la Ley de 1945 admite la prescriptibilidad y que el artículo 14 de la Ley de 1957 no deroga el citado artículo 44.

La sentencia del Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de 4 de julio de 1960 que se refiere a la impugnación de las liquidaciones de plus valía giradas por el Ayuntamiento por razón de la adquisición de sus derechos de censos no supone que sea falso lo constatado por la Audiencia, es decir que no se han cobrado las pensiones por más de treinta años, ni se ha realizado acto alguno durante igual plazo que evidencie la vigencia del censo.

Por todo ello el Tribunal Superior desestima el motivo y también el recurso de casación.

VI.— Sentencia de 14 de febrero de 1994.

La presente sentencia parte de la premisa de la naturaleza extraordinaria y limitada del recurso de casación, en el cual el control de los hechos y su valoración queda reducido a examinar si se ha producido infracción de las normas que regulan la apreciación de la prueba.

En el caso de autos, el demandante y ahora recurrente ejercita una acción declarativa de dominio sobre determinadas porciones de terreno sin edificar, alegando que las había adquirido por la posesión pacífica e ininterrumpida con animus domini durante más de treinta años. Esta posesión, según el motivo cuarto del recurso de casación arrancaba de un título derivativo de compraventa perfeccionado verbalmente hacia los años 1940 o 1941. Por ello el recurrente solicitaba de la Sala la declaración de nulidad de la inscripción registral del dominio sobre dicho terreno a favor de los demandados.

El fundamento de derecho segundo del la sentencia del Tribunal Superior pone de relieve que el actor no ha logrado probar que había ostentado la posesión *ad usucapionem* durante los treinta años que exige el art. 342 C.D.C.C., ya que, junto a algunas declaraciones de escaso valor probatorio, sólo ha aportado documentación administrativa en ningún caso anterior al año 1967 y que, en su mayor parte, no se refieren a la finca litigiosa. Por ello desestima el motivo cuarto y, como consecuencia, los restantes motivos que pretenden la declaración de nulidad de la inscripción registral de dominio de la finca a favor de los demandados, ya que, prescindiendo de otras consideraciones, el artículo cuarenta de la L.H. establece que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no este inscrito, o que lo este erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto. Por lo cual resulta que la acción de rectificación del

asiento registral es inseparable del dominio o derecho real de que se derive y del que, en este caso, el actor no es titular.

Por todo ello el Tribunal Superior falla desestimando el recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona.

VII.— Sentencia de 26 de marzo de 1994.

Ante el Juzgado de Primera instancia de Barcelona presentó una demanda la Comunidad de propietarios de la calle Calvet solicitando se condenara a la demandada a salir de la finca de los actores, retirando de la misma la construcción metálica existente sobre el tejado de la finca y reponiendo a su estado anterior la pared medianera. El indicado juzgado desestimó la demanda, por considerar que se trataba de una inmisión tolerable, ya que no perjudicaba a los demandados. La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante la Audiencia, que estimó el recurso y condenó a la ahora demandada a retirar la construcción metálica en cuyo interior se hallaba la maquinaria del aire acondicionado del local propiedad de la misma y a reponer a su estado anterior la pared medianera que separaba las fincas.

La demandada, ahora recurrente, formalizó recurso de casación por infracción del artículo 3.2 de la ley catalana de Acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad de 9 de julio de 1990, estimando que la colocación de un departamento cerrado con paneles metálicos con la finalidad de aislar la maquinaria de un sistema de climatización que invadía el espacio aéreo de la finca vecina en una superficie de 8 metros cuadrados constituía una inmisión tolerable, de acuerdo con la citada ley catalana.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia del T.S.J.C. pone de relieve dos apreciaciones de principio para desestimar el recurso. Por un lado, desde la perspectiva formal, considera que la casación no fue correctamente formulada, dada la inconcreción o ambigüedad del único motivo del recurso, ya que no se especifica, como es preceptivo, cual es el precepto que se considera infringido, la amalgama de citas ocasiona confusión y oscuridad y sólo se cita una sentencia favorable a la tesis defendida, cuando para sustentar el recurso en la jurisprudencia hay que citar dos. Por otro, desde el punto de vista sustancial declara que el supuesto de hecho integra una servidumbre y no puede calificarse de inmisión. Como pone de relieve la doctrina mayoritaria, la inmisión en sentido técnico es una intromisión indirecta sobre el predio vecino producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta la intromisión en el predio

vecino de sustancias corpóreas o inmateriales como consecuencia de su propia actividad, pero no abarca las injerencias por vía directa o por actos materiales, que determina el concepto de servidumbre. Servidumbre es, según la sentencia, la atribución de una utilidad de un fundo en perjuicio de otro. Las inmisiones se valoran en el ámbito de la función social, se mide si encajan o no en el régimen normal y ordinario de la propiedad y constituyen límites del dominio, que no requieren acto constitutivo, en tanto las servidumbres son limitaciones, en sentido técnico, que requieren acto constitutivo, sea forzoso o voluntario.

La servidumbre que se contempla en el caso sólo cabría constituirse por la voluntad de los interesados, que ni consta, ni es factible presumir. Por no tratarse de una inmisión huelga discutir sobre la obligación o no de tolerarla, ni puede hablarse de *usus inicui*, cuando lo que pretende crearse es una afección real. Tampoco cabe argumentar que el demandante abusa de su derecho, si se tiene en cuenta que la caseta litigiosa obedece a razones de comodidad y no de necesidad y que el único beneficio que se produce a los demandados es evitarles las molestias que se producen por y en utilidad del titular la obra y que la comunidad demandante no tiene obligación de tolerar.

Por todo ello el T.S.J.C. falla desestimando el recurso de casación.

VIII.— Sentencia de 13 de junio de 1994.

La cuestión fundamental que resuelve la presente sentencia tiene su origen en dos pleitos que se acumulan. En el primero el Sr. Arie D. reclama que se condene a los demandados a realizar las obras de consolidación de la montaña que divide las propiedades de los litigantes, eliminando el riesgo de desprendimiento de rocas y tierra, a reparar los daños sufridos en la casa de su propiedad, a reparar los perjuicios derivados de la imposibilidad de ocuparla y a reparar otros daños que se le hayan ocasionado como consecuencia del movimiento de tierras. En el segundo pleito, que se acumuló al primero, la Comunidad de propietarios del edificio N. pedía se dictara sentencia condenando a los demandados al resarcimiento de los daños causados al muro de contención situado entre ambas fincas y se declarara que dicho muro fue construido con mala fe en contra de lo preceptuado por la licencia municipal de obras. Por ello, también se solicita se declare la poca pericia del arquitecto, del aparejador y del constructor que construyeron dicho muro excavando por debajo de las cotas previstas en la licencia municipal. Por último, pedían se condenara a los demandados al pago del importe de las obras de levantamiento y construcción de dicho muro, que orde-

nó el Ayuntamiento de Rosas y que pagó el edificio N., así como las costas del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en que desestimaba la demanda promovida por el Sr. Arie D. y absolvía a los demandados. Así mismo desestimaba la demanda promovida por la comunidad de propietarios del edificio N. y otros. La Audiencia de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso de apelación presentado por la comunidad de propietarios del edificio N. y otros y estimando el recurso presentado por el Sr. Arie D. Revocando en parte la sentencia del juzgado condenó a la comunidad de propietarios del edificio N. y otros a realizar las obras de consolidación de la montaña, eliminando el riesgo de desprendimientos, así como a realizar las obras necesarias para reparar los daños sufridos en la casa propiedad del Sr. Arie D. y a indemnizarlo de los perjuicios derivados de la imposibilidad de ocupar dicha casa.

La comunidad de propietarios del Edificio N. y otros, es decir los propietarios del predio superior, formalizaron recurso de casación ante el T.S.J.C. por infracción o interpretación errónea del artículo 291 C.D.C.C., actualmente sustituido por el artículo 38 de la Ley de 9 de julio de 1990 del Parlamento de Cataluña. La sentencia impugnada aplicaba al supuesto de hecho la presunción que establece el artículo 291 C.D.C.C. que considera que los márgenes o ribazos que separan predios vecinos, así como las paredes que los revisten son propiedad del predio superior, por ello, dado que el edificio N. está nivel superior a la casa del Sr. D. considera que el terreno que separa las dos fincas es propiedad del primero. Por ello, aplicaba la doctrina de que el amo de la cosa que ha producido el daño está obligado a indemnizar al perjudicado, sea o no culpable de los mismos. Aplica con ello la doctrina jurisprudencial del riesgo y de la inversión de la carga de la prueba que enseña que cuando las garantías adoptadas para evitar el daño previsible no han dado resultado ello revela su insuficiencia y la falta de una completa diligencia. Todo ello se basa en la determinación de quien era el propietario del trozo de montaña que separaba las fincas, que sería como consecuencia de ello el responsable del daño. Como de las pruebas aportadas no puede deducirse dicha propiedad, la Audiencia aplica la presunción del artículo 291 C.D.C.C. y por ello condena a reparar el daño causado a los propietarios del predio superior. El problema que debe resolverse es interpretar que alcance tiene la expresión márgenes y riberas de dicho artículo. El recurrente, en el único motivo de casación, alega que dicha expresión no puede referirse al plano inclinado de una montaña y la sentencia del T.S.J.C. estima el motivo en el fundamento de derecho cuarto, poniendo de relieve que el artículo citado (sustituido actualmente por el artículo 38 de la Ley 13/1990 de 9 de julio) se refiere exclusivamente a los márgenes o ribazos y no a los planos inclinados o pendientes de las montañas, que son cosas completamente diferentes. Al no constar, ni poder presumirse quien era el propietario de la ladera de la montaña que separa los predios de la que se desprendieron tierra

y rocas que causaron los daños citados, no pueden condenarse a los amos del predio superior a que se hagan cargo de reparar los perjuicios ocasionados.

Por todo ello se casa la sentencia de la Audiencia y, en el mismo sentido que el juez de instancia, se absuelve a los demandados en los dos procedimientos acumulados ya que no ha podido probarse que la negligencia de alguno de ellos fuera la causante de los daños, ya que la causa última del desprendimiento de tierra y rocas fue la configuración geológica de la montaña, o sea debida a causas naturales no imputables a las obras realizadas por las partes.

IX.— Sentencia de 17 de octubre de 1994.

Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistas las actuaciones de este juicio en el que el demandante solicitaba se declarara que la ventana abierta en la pared de una casa de Torredembarra no constituía servidumbre de luces ni vistas en favor de la referida casa sobre la finca contigua del actor, que tampoco el cubierto de plástico que cubría el patio de luces de la casa constituía servidumbre de vertido de aguas pluviales en favor de dicha finca sobre la contigua del actor. Por ello y por no existir ninguna otra servidumbre, pedía se condenara a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, cerrar la ventana, retirar el cubierto del patio de luces y evacuar las aguas pluviales a través de la propia finca de la demandada, realizando cuantas obras fueran necesarias para asegurar todo ello.

El Juzgado de Primera Instancia falló estimando parcialmente la demanda y declarando que el cubierto de plástico del patio de luces no constituía servidumbre y condenando por tanto a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a retirar el cubierto citado y a evacuar las aguas pluviales que caen sobre el patio a través de la finca propiedad del demandado, desestimando la demanda en el resto de las pretensiones. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y declaró que la ventana abierta no constituía servidumbre de vistas en favor de la referida casa y sobre la finca contigua y que no existía ninguna otra servidumbre a favor de ella, por lo cual condenaba a la demandada a cerrar la ventana citada, quedando confirmada la sentencia del Juzgado en sus restantes pronunciamientos.

Contra la anterior sentencia se presentó recurso de casación ante el T.S.J.C. al amparo del artículo 1692.4 L.E.C. por infracción de los artículos 6 y 11 de la ley 13/90 de 9 de julio, así como su Disposición

derogatoria, en relación a las normas de derecho transitorio de la propia ley.

En el fundamento de derecho primero el Tribunal Superior plantea el problema en los siguientes términos: los demandados son propietarios de una casa en cuya pared se abre una ventana que toma luces y vistas directamente sobre la finca del actor. La ventana existe desde que se construyó la casa hace más de ochenta años. El actor ejercita la acción negatoria por estimar que no existe título que legitime la servidumbre, mientras que los demandados alegan usucapión. Como pone de relieve el fundamento de derecho segundo en la regulación civil catalana sobre la posibilidad de usucapir la servidumbre de vistas cabe distinguir tres etapas: la primera anterior a la Compilación de 1960, en que la servidumbre que el derecho romano llamaba *prospectus*, no puede adquirirse por usucapión en aplicación de lo dispuesto en las Ordinacions de Sanctacilia números 61 y 62. La recta interpretación de ambas disposiciones lleva a la conclusión de que la no usucapibilidad de dicha servidumbre deriva de que no son susceptibles de cuasi posesión por tratarse de actuaciones meramente toleradas. La segunda etapa viene regulada por la Compilación catalana de 1960, que era taxativa al enumerar en el artículo 283 una serie de servidumbres que no pueden adquirirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, entre ellas cita la de luces y vistas. Finalmente la tercera etapa puede encontrarse en la Ley 13/1990 de 9 de julio, que deroga expresamente el artículo 283 y declara con carácter general que todas las servidumbres pueden constituirse por título, por usucapión o por disposición legal (artículo 6) y que la adquisición de las servidumbres por usucapión tiene lugar mediante la posesión pacífica, pública e ininterrumpida en concepto del titular del derecho por un período de treinta años.

El problema que debe resolverse es cual es la disposición aplicable al supuesto, cuestión que debe ser resuelta de acuerdo con las normas de derecho transitorio. Dado que la Ley 13/1990 sólo contiene disposiciones transitorias referentes a las paredes de carga y plantaciones, debemos acudir a las disposiciones transitorias del C.C. y también al artículo 1939, que la jurisprudencia ha considerado como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean normas propias de transición. Si tenemos en cuenta todo ello, hemos de concluir que el lapso para la prescripción trentenal, que por vez primera admite la ley catalana, empieza a correr desde que entró en vigor la nueva ley y no puede sumársele el periodo transcurrido con anterioridad, cuando el transcurso del tiempo no tenía eficacia para la adquisición de la servidumbre de vistas. Ello se deriva de la regla general de irretroactividad de las leyes, especialmente cuando perjudican derechos adquiridos según la legislación anterior, ya que las disposiciones que sancionan con privación de derechos que carecían de sanción en las leyes anteriores no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en omisión o ejecutado un acto

prohibido en el Código. Más específicamente el artículo 1939 C.C. dice que la prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las leyes anteriores al mismo. Bajo la vigencia del artículo 283 de la Compilación de 1960 el dueño del pretendido fundo sirviente sabía que su inactividad frente al colindante era interpretada por el ordenamiento como un acto de mera tolerancia que, por mucho que se prolongara en el tiempo, nunca podía dar lugar a que adquiriera el derecho real de servidumbre de vistas. El cambio legal sólo puede operar a partir de su entrada en vigor, pero no cambia retroactivamente la eficacia de los eventos acaecidos antes de su promulgación. Con ánimo únicamente de avanzar en la interpretación de la nueva ley, la sentencia destaca que quizá sería posible llegar a la misma solución partiendo de la hipótesis de que, a pesar de las apariencias, el derecho catalán no ha sufrido cambios tan radicales, la no usucapibilidad histórica de la servidumbre de vistas deriva de que no es susceptible de cuasi posesión, por considerarse actos tolerados. La doctrina reconoce que la cuasi posesión de las servidumbres negativas empieza desde que se realiza cualquier acto obstativo a la libertad del dominio del predio sirviente, abrir ventanas o tomar vistas sobre el predio vecino es un acto prohibido por la Ley de 1990, que si se mantiene por mera tolerancia comporta una detentación precaria que sólo puede convertirse en *cuasi posesión ad usucapionem* cuando se mantiene tras un acto obstativo del otro propietario, pues, a partir de entonces se posee en concepto de titular del derecho de servidumbre. Aplicando esto al caso de autos, la actitud tolerada sólo se convierte en posesión computable a partir de que el acto obstativo del actor es rechazado por los demandados y no por el mero cambio legislativo.

Por todo ello se desestima el recurso.

X.— Sentencia de 1 de diciembre de 1994.

E.S.L. presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en que solicitaba que se declarara que había adquirido el dominio por prescripción adquisitiva de la finca objeto del pleito, ya que la había poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente durante más de treinta años. Por ello solicitaba se inmatriculara en el Registro y se inscribiera el dominio a su favor. Los demandados se opusieron. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y los demandados recurrieron ante la Audiencia, la cual dictó sentencia desestimando el recurso.

El primer motivo del recurso alegaba infracción del artículo 201.3 de la L.H., ya que la sentencia impugnada permitía la inmatriculación de la finca sin citación del Ministerio Fiscal, ni de la sociedad LL. S.A.

de la cual procedía la finca, ni del Ayuntamiento como titular de la vía pública. El fundamento de derecho segundo rebate dichos argumentos y entiende que el artículo 201 L.H. regula el procedimiento específico del expediente de dominio y que la intervención del Ministerio Fiscal no es necesaria cuando se trata de un procedimiento declarativo ordinario en que no haya ausentes, menores, ni incapaces. Tampoco es necesaria la citación de la sociedad LL. S.A., ni del Ayuntamiento, ya que no se trata de inmatricular mediante un expediente de dominio, sino de un declarativo ordinario y ni la sociedad, ni el Ayuntamiento tienen un interés directo en la resolución del caso.

El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 342 C.D.C.C., ya que considera que la posesión del demandado no era a título de dueño exclusivo, sino compartido hasta el año 1970, con lo cual no han transcurrido los treinta años que exige el ordenamiento catalán para la *usucapión*. El fundamento de derecho cuarto desvirtúa estos razonamientos, alegando que desde 1943 a 1970 la posesión del demandante compartida con su socio aprovecha al primero para completar el periodo de treinta años que exige el ordenamiento catalán, ya que después de 1970 poseyó como propietario exclusivo hasta alcanzar dicho período de tiempo.

Los fundamentos de derecho quinto y sexto se basan en la naturaleza de la casación, el primero destaca que no pueden alegarse errores in iudicando, sino sólo vicios del procedimiento, mientras que el segundo pone de relieve que la sentencia impugnada no interpreta equivocadamente el contrato sino que declara que no incluía la finca litigiosa y como esta declaración no resulta ni se demuestra ser absurda ni manifiestamente equivocada no es impugnable en casación.

El fundamento de derecho séptimo desestima el quinto y último motivo del recurso que alega que la acción declarativa de dominio sólo puede dirigirse contra las personas que perturben o se atribuyan la propiedad en litigio y que, por ello, no debía ser llamada al proceso la sociedad M.S.A. A dicha argumentación responde la sentencia de la Audiencia cuando señala que la actora no sólo ejercita una acción declarativa de la propiedad, sino que pretende la inmatriculación de la finca, para lo cual es necesaria una petición complementaria a la primera en la que están legitimados pasivamente los titulares de los predios adyacentes. Debe tenerse en cuenta, además, que la acción declarativa de dominio no exige que el demandado sea poseedor por lo que se ha de dirigir contra todo aquel que desconozca, dude o discuta la propiedad que se reivindica y debe ponerse de relieve que la posición de la sociedad M.S.A. es de verdadera oposición a la demanda.

Por todo ello no se estiman ninguno de los motivos articulados y se desestima el recurso de casación.

XI.— Sentencia de 21 de diciembre de 1994.

Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló una demanda ejercitando la acción negatoria por uso indebido de una pared medianera. Los demandantes pedían se declarara que la pared medianera que dividía las fincas de demandantes y demandados era propiedad exclusiva de los primeros, y que, por tanto, eran ilegales e ilegítimas las perturbaciones llevadas a cabo sobre la propiedad de los actores. Como consecuencia de lo anterior se solicitaba se condenara a los demandados a dejar la pared en el estado en que se encontraba antes de las perturbaciones citadas, demoliendo todos los elementos de construcción que se encontraran a menos de tres metros de distancia de la pared divisoria, que se dejara el suelo de la finca en su nivel inicial, que se eliminaran las piedras de adorno incrustadas en la pared, la ducha, el grifo, la tubería, el foco halógeno, la caja de conexiones, la figura de cerámica, el farol y todas las instalaciones eléctricas adosadas a la citada pared y que se indemnizaran los daños y perjuicios causados.

Los demandados pedían que se declarara la falta de jurisdicción del Juzgado respecto de la primera condena y que se desestimaran las peticiones formuladas, al mismo tiempo formulaban reconvencción en la que pedían que se declarara que la pared que dividía las fincas se construyó en su totalidad dentro de la parcela propiedad de los demandados o, con carácter subsidiario, que la pared era medianera, que los demandantes debían pagar el precio del suelo que ocuparon de manera indebida, que las construcciones que se encontraban adosadas a la pared divisoria en la parcela de los demandantes facilitaban el acceso a la finca de los demandados y comportaban una perturbación indebida de sus derechos y que en la finca de los demandantes había unos árboles que estaban situados a menor distancia de la perennitida y cuyas ramas facilitaban el acceso a la finca. Afirmaban también el derecho de los demandados a mantener las instalaciones adosadas a la pared divisoria o, subsidiariamente asumiendo la obligación de pagar la mitad del valor de la pared de acuerdo con su coste efectivo.

El Juzgado desestimó la demanda promovida por Ana M.^a C.D. y Ana D.S. y también la reconvencción. La Audiencia estimó parcialmente el recurso presentado por las demandantes, declarando que la pared en litigio era propiedad de las demandantes, por lo que había que devolver las cosas a su situación original, demoliendo las obras realizadas y nivelando el suelo, por el contrario, absolvió a los demandados de la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la reconvencción mantuvo íntegramente la sentencia del Juzgado. Tanto la parte demandante como la demandada formularon recurso de casación.

El T.S.J.C. desestima en primer lugar la solicitud de que no se admitiera a trámite el recurso ya que la cuantía era inferior a seis millones de pesetas. La sentencia pone de relieve que la parte actora no fijó la cuantía del litigio en la demanda, no se hicieron las reservas o protestas en el momento procesal oportuno por lo cual no puede ahora declararse inadmisibile el recurso, ya que esta omisión no puede perjudicar a la otra parte. Se trata por tanto, de un litigio de cuantía inestimable que hay que admitir a casación, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional.

También se desestima el primer motivo de casación que alega incongruencia omisiva, pues señala la sentencia que la omisión es aparente ya que la desestimación de la demanda reconventional da una respuesta negativa al conjunto de las peticiones y el Tribunal ha observado un respeto absoluto en relación a los hechos, que son los únicos elementos que están a disposición exclusiva de las partes.

El segundo motivo de casación alega indefensión, porque tanto el Juzgado como la Audiencia denegaron la práctica de una prueba, si bien es cierto que las partes pidieron la prueba de reconocimiento judicial de la finca y que el Juzgado la denegó, debe tenerse en cuenta que no fue formulado recurso de reposición contra dicha denegación. También fue denegada dicha prueba por la Audiencia, pero contra la desestimación de la misma sólo formuló recurso de súplica la parte actora, recurso que fue desestimado.

El cuarto motivo del recurso alega la infracción por vulneración del artículo 34 de la Ley catalana 13/1990 de 9 de julio por inaplicación del artículo 38 de la misma ley y por infracción de la presunción del artículo 573.4 del C.C. *a sensu contrario*, cuando declara que la pared que separa las fincas no es medianera sino que pertenece a la parte actora. En relación a este punto, destaca la sentencia que hay que tener en cuenta que la Audiencia decidió basándose en unas pruebas y unos supuestos de hecho que no son desvirtuados por la parte que recurre y que no pueden modificarse en casación.

El fundamento de derecho séptimo desestima el quinto motivo de casación que alega la infracción del artículo 35 de la ley citada, los artículos 591 y 592 del C.C. y el artículo 20 de las Ordenanzas de la urbanización. La desestimación del motivo se fundamenta por un lado, en que la infracción del artículo 20 de las ordenanzas de una urbanización no pueden fundamentar un recurso de casación, por otro, tampoco puede invocarse infracción del artículo 591 del C.C. ya que dicho artículo no esta vigente en Cataluña. En lo referente a la infracción de los artículos 592 C.C. y 35 de la Ley catalana, dicha infracción no existe, ya que la sentencia recurrida no los infringe sino que no los aplica en base a las pruebas y actuaciones que muestran que no se da el supuesto fáctico, y esta apreciación no puede revisarse en casación.

Tampoco puede estimarse el motivo sexto del recurso, ya que la doctrina y la jurisprudencia de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona no constituye jurisprudencia a efectos del recurso de casación.

La sentencia del T.S. no considera infringidos los artículos 353, 358 y 361 del C.C., ya que las argumentaciones no destruyen las bases fácticas que fundamentan la decisión de la Audiencia y en cuanto al último artículo porque, además, no rige en el Derecho civil de Cataluña.

El fundamento de derecho décimo desestima la invocación que el recurso hace al artículo 3 de la Ley catalana, recordando que una cosa son las inmisiones, o injerencias indirectas, y otra la invasión de las paredes medianeras o las servidumbres. En el caso en litigio no se producido ninguna inmisión sino, en todo caso, una injerencia directa por actos materiales.

Por último, aunque es cierto que el que ejercita la acción negatoria ha de probar su derecho de propiedad sobre la finca, la parte recurrente se basa en que la pared es medianera, sin haber destruido el criterio de la Sala de Instancia contrario a la medianería.

Por todo ello desestima el recurso.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE FAMILIA

En materia de Derecho de familia el T.S.J.C. ha tenido ocasión de examinar los problemas que se recogen en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 25 de enero de 1993.

Doña Josefa presentó una demanda ante el Juzgado de Primera instancia en la que se solicitaba se dictara sentencia en la que se declarara que el demandado Don Manuel era padre de la menor Miriam-Pilar y se le obligara a satisfacer alimentos para la misma. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, condenando a Don José Manuel al pago de una pensión a Doña Josefa en concepto de alimentos para su hija. La sentencia declaraba la paternidad de Don José Manuel basándose en la relación de noviazgo que hubo entre ellos en la época de la concepción de la menor, unido a la negativa reiterada del demandado a someterse a las pruebas biológicas para determinar la paternidad. La Audiencia revocó dicha sentencia en una nueva valoración del material probatorio, estimando que los testigos no concretaron la relación que existía entre las partes, considerando la prueba efectuada de nula fiabilidad.

El Fundamento de derecho tercero de la sentencia del T.S.J.C., pone de relieve que la negativa a someterse a pruebas biológicas con la finalidad de investigar la paternidad sólo tiene un valor indiciario, de tal manera que para darle valor definitivo necesita estar unida a otras pruebas que puedan producir el convencimiento de la paternidad que se reclama. Partiendo de la base de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas pertinentes no es suficiente por sí sola para afirmar una paternidad, todo depende de la valoración que se de a la otra prueba aportada: la de testigos. El Tribunal de Instancia la consideró suficiente para probar que había habido relaciones sexuales entre las

partes al tiempo en que fue concebida la menor, la Audiencia, que no está en modo alguno sujeta a las apreciaciones del juez de primer grado, entendió que el planteamiento de la prueba testifical era ambiguo, ya que versó sobre si demandante y demandado salían juntos, si eran novios, si existía una relación sentimental, cuando lo que interesaba saber es si entre ambos hubo intimidad física completa idónea para procrear. Dado que esto último no quedó probado, la negativa a someterse a las pruebas biológicas no estaba acompañada de otras pruebas concluyentes que permitieran afirmar la paternidad en litigio, por lo cual la Audiencia desestimó el recurso.

Por todo ello, también el Tribunal Superior debe desestimar el recurso, dado que la valoración de la prueba que la Sala realizó no fue impugnada en el recurso de casación, ni el Tribunal Superior puede examinarla de nuevo, ya que la casación no es una tercera instancia. Si tenemos en cuenta, además, que cabe decir ex abundantia que la prueba de testigos obrante en autos es claramente insuficiente, por lo que el fallo ha de ser necesariamente desestimatorio del recurso.

II.— Sentencia de 10 de mayo de 1993.

Doña Olga y Don Manuel habían contraído matrimonio con sujeción al régimen de separación de bienes. Constante dicho régimen, adquirieron un inmueble que, una vez producida la separación judicial de los cónyuges, la mujer defendía que era propiedad de ambos, mientras que el marido afirmaba que era de su exclusiva propiedad, ya que el dinero con que se pagó la adquisición del terreno y la construcción de la casa provenía, según él, de su peculio particular. En consonancia con su manera de pensar, Doña Olga pedía en su demanda la extinción de la comunidad existente sobre el terreno y la edificación y, mediante la venta en pública subasta del inmueble, el reparto del precio obtenido por mitad entre ambos cónyuges. Don Manuel se opuso, afirmando que tanto el terreno como la casa eran de su exclusiva propiedad y, para el caso de que se estimara que sólo la casa le pertenecía, también debía pertenecerle el terreno por accesión invertida y, si todo ello no se admitiera, formulaba reconvencción solicitando se condenara a la actora al pago de la parte correspondiente a la misma del precio del solar y el importe de la construcción de la casa, incrementado en el valor de la actualización del dinero.

El Juzgado falló estimando parcialmente la demanda, señalando un plazo de dos meses para que las partes llegaran a un convenio sobre la adjudicación de la casa y el terreno a uno sólo de los cónyuges previo el pago del adjudicatario de la mitad de su valor, transcurrido el cual sin haberse producido el convenio se procedería a la pública subasta del bien, a fin de repartir el precio entre los cónyuges. Contra la citada sentencia ambas partes interpusieron recurso ante la Audiencia, que los estimó parcialmente declarando disuelta la comunidad y manifestando que el marido ostentaba un crédito sobre el patrimonio de la ac-

tora de dos millones novecientas cincuenta mil pesetas. También se disponía que, una vez valorado el terreno y la edificación, se ofreciera al marido el plazo de dos meses para adjudicarse el mismo, pagando la mitad del valor a su esposa, una vez descontado el crédito que ostentaba sobre la misma, si el marido no se aceptaba esta posibilidad, se le ofrecía la misma a la esposa y a falta de adjudicación se entendía que debía procederse a la pública subasta del inmueble. La diferencia entre ambas sentencias derivaba de que la Audiencia, a diferencia del Juzgado, consideraba que la construcción también era propiedad de ambos, si bien, como el importe de ésta fue pagado en su totalidad por el marido, reconocía al mismo un crédito dinerario contra su esposa por la mitad del dinero desembolsado.

La sentencia de la Audiencia es recurrida por Don Manuel basándose en tres motivos: la infracción de los artículos 49.3 C.D.C.C., del 361 C.C. y del 359 L.E.C., con la advertencia que los dos últimos se plantean con carácter subsidiario. La sentencia del T.S.J.C. pone de relieve que el recurrente no planteó en la apelación ante la Audiencia impugnación alguna en cuanto a la propiedad del solar, por lo que la apreciación del Juzgado de que era propiedad de ambos cónyuges y de que el precio con el que se pagó la adquisición pertenecía a los dos adquirentes devino firme y no puede alterarse en casación. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la construcción de la casa se efectuó entre los meses de septiembre del 81 y septiembre del 82, mientras que la compra del terreno se formalizó en escritura pública en diciembre del 82, accediendo al Registro de la Propiedad el 9 de septiembre del 83. De todo ello hay que concluir que el artículo 49 de la C.D.C.C., que se dice infringido por la Audiencia y que fue introducido en la reforma de la Compilación catalana en 1984, no estaba vigente cuando se realizó la adquisición y la construcción objeto de litigio. Tampoco resulta favorable a la tesis del recurrente la aplicación de la normativa anterior al 1984, que era la aplicable al supuesto, por un lado, habida cuenta del planteamiento de la *litis* que no cita como infringida dicha normativa, lo que dificultaría la aplicación del artículo 23 de la C.D.C.C. de 1960 que recogía una de las llamadas presunciones mucianas, por otro porque dicho artículo 23 fue considerado inconstitucional una vez aprobada la vigente Constitución española. Por último, porque tampoco en dicho artículo podía encontrarse una presunción legal favorable a que el titular del dinero es titular de la cosa adquirida por el. Aunque es cierto que, en ocasiones, este hecho pueda llevar a una presunción judicial, debe tenerse en cuenta que el carácter legal o judicial de la presunción hacen variable el acceso de la misma a casación, posible en el primer caso pero no en el segundo. La discusión en torno a si la esposa trabajó o no en el negocio de su marido es irrelevante, ya que lo que se propone es una nueva valoración de la prueba testifical, valoración que constituye una facultad privativa del Tribunal de instancia, con camino vedado a la casación salvo en el supuesto de arbitrariedad.

La Audiencia mantiene la solución ponderada de estimar que hubo una especie de anticipo del dinero por el esposo, que se traduce en una obligación de reembolso por parte de la esposa. El artículo 49 C.D.C.C.

dispone que se presumen comunes los bienes adquiridos por un cónyuge cuando no puede justificar que los adquirió para el sólo, por ello, y con más razón, cabe presumir que son comunes los adquiridos por los dos. El precepto no dice que si uno de los cónyuges pone el dinero hay que presumirlo propietario único, ni ello es deducible del inciso final del artículo que, se refiere al caso de que se justifique que el bien lo adquirió uno sólo de los consortes, en cuyo caso se presume que el dinero empleado era sólo suyo. Prima pues, el principio de adquisición formal respecto del de subrogación real. Por ello debe desestimarse el primer motivo del recurso, pues el artículo 49 C.D.C.C. no ha sido infringido. El segundo motivo debe correr la misma suerte desestimatoria, ya que el artículo 361 C.C., que se cita como infringido, no constituye derecho vigente en Cataluña, por resultar incompatible con el artículo 278 C.D.C.C. que no se limita a conformar un derecho de retención, sino que regula los efectos jurídicos de la edificación de buena o mala fe en terreno ajeno, sin que en el caso de edificación de buena fe se contemple un derecho de opción, como ocurre en cambio en el artículo 361 C.C. Pero es que, además, el Tribunal pone de relieve que no nos hallamos ante un supuesto fáctico en el que sea operativa la normativa de la accesión, por lo que huelga cualquier consideración en tomo a la aplicación de los citados preceptos. Habiéndose declarado probada la adquisición del inmueble por ambos cónyuges, queda excluida la necesidad de acudir a otras figuras jurídicas para establecer su propiedad. Teniendo en cuenta, además, que la figura de la accesión invertida sólo se admite en nuestro derecho en el caso de la construcción extralimitada.

El tercer motivo del recurso alega falta de claridad e incongruencia en la sentencia impugnada, ya que el recurrente entiende que la esposa debería pagar a su marido la totalidad del valor del edificio, así como considera improcedente la afectación del patrimonio común al pago de la deuda. El motivo se desestima, porque si la propiedad es de los dos es injusto hacer que la esposa pague la totalidad del coste, como la suma que ha pagado de más el marido es la mitad del coste, el crédito que ostenta contra su esposa es del exceso de valor que ha pagado. Tampoco es cierto, según el T.S.J.C., que la sentencia impugnada afecte al patrimonio común para el pago de la deuda, sino que lo que efectúa es una compensación judicial para facilitar la liquidación de la deuda.

Por todo lo cual el Tribunal Superior desestima el recurso de casación.

III.— Sentencia de 19 de octubre de 1993.

Doña Dolores y Don Enrique, separados judicialmente discrepaban sobre dos puntos esenciales:

- 1) la titularidad de una póliza de seguro de prima única, que el marido asegura que le pertenece porque el dinero proviene de la caja de su negocio de comestibles, y que la esposa alega que proviene en su mayor parte de donaciones que su padre le hizo.

- 2) el importe de las rentas percibidas de una finca de la que son cotitulares, que la esposa afirma que le pertenecen por mitad y el esposo considera que deben descontarse los gastos que él pagó y que su mujer sólo admite en parte.

La sentencia de Primera Instancia estimaba la demanda formulada por Doña Dolores, pero rebajaba sus exigencias, considerando que los gastos eran mayores de lo que ella afirmaba, pero condenando al demandado a pagarle la mitad de las rentas de las fincas a partir del año 1991. Estimando también la reconvencción, condenaba a Doña Dolores a abonar al actor trece millones quinientas mil pesetas, ya que consideraba que el dinero invertido en primas únicas era de ambos. Contra dicha sentencia Doña Dolores interpuso recurso y la Audiencia lo estimó parcialmente, disminuyendo la cantidad fijada como gastos, basándose en errores de cálculo que razona y aumentando su cuota en las primas únicas, razonando que sólo procede resolver sobre la cantidad que la actora dice haber recibido en donación de su padre y que no probó y dejando el resto imprejuizado, a resultas de que, planteado en otro juicio, se resuelva sobre la pertenencia común o exclusiva del negocio de comestibles. Doña Dolores formalizó recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 por infracción del artículo 49.3 C.D.C.C., con base en que, probada la adquisición de la suma de veintisiete millones, el dinero es suyo, y subsidiariamente por infracción del artículo 1322 C.C., porque había justificado la cantidad de quince millones y no de doce. Don Enrique también presentó recurso por infracción del artículo 49.3 C.D.C.C. pidiendo una solución igual a la que dio el Juzgado y también por infracción de los artículos 1214 y 1253 C.C., por considerar que la Audiencia interpretó los hechos basándose en una prueba falsa.

El tema se reduce pues, al suscitado en reconvencción, es decir, la atribución o distribución de la cantidad de la prima única. La sentencia del T.S.J.C. considera que la solución correcta es la que dio el Juzgado de Primera Instancia por los siguientes razones.

En cuanto al primer motivo del recurso de casación presentada por Doña Dolores no puede prosperar porque el artículo 49 C.D.C.C. presume el carácter privativo del dinero, si consta que los bienes fueron adquiridos por un cónyuge, pero en absoluto presume la adquisición, ésta hay que probarla. La sentencia de instancia no declara acreditado el título de adquisición del dinero y en este punto el análisis de la prueba practicada al efecto que hace el juez a quo ha de calificarse de certero. Cualquier razonamiento posterior sobre la titularidad de las primas o bonos que figuran a nombre de Doña Dolores no puede examinarse en casación, porque supone entrar de nuevo en la valoración de la prueba y ello sólo es posible siempre que se cite el precepto legal infringido, lo que en este caso no ocurre. Como no se probó el hecho base sobre el cual recae la presunción, no se infringen los artículos 49 C.D.C.C. y 1250 C.C. y el motivo decae.

Igual ha de decaer el segundo motivo, que alega infracción del artículo 1232 C.C., ya que, no habiendo justificado la propiedad exclusiva ninguno de los cónyuges, el dinero debe considerarse común.

El recurso de casación entablado por el demandante debe ser estimado en base a su primer motivo, que alega infracción del artículo 49.3 C.D.C.C., ya que la sentencia recurrida prescinde de la presunción legal, dando valor decisivo a unas alegaciones de la actora sin base probatoria. En relación a la discutida propiedad del negocio, el tema debe quedar al margen del litigio, ya que no se pidió la declaración de propiedad exclusiva del mismo y ésta no fue probada.

Por todo ello se estima el recurso presentado por Don Enrique y se desestima el presentado por Doña Dolores.

IV.— Sentencia de 28 de diciembre de 1993.

Don Antonio y Doña Josefa contrajeron matrimonio en octubre de 1946 y se separaron legalmente treinta y ocho años después en abril de 1984. Constante matrimonio, adquirieron un solar escriturado a nombre de su esposa y años después sobre el terreno se edificó una casa. En el año 1983 Doña Josefa otorgó escritura pública de declaración de obra nueva y constitución de la casa en propiedad horizontal. El marido demandó a su esposa solicitando se dictara sentencia declarando que es propietario de un terreno y de una casa, subsidiariamente que es propietario de una parte de un terreno y, por accesión invertida, de la casa referida construida en parte sobre dicha finca, también subsidiariamente, si se desestiman las anteriores peticiones y se entiende que el terreno es de la esposa, que se declare que por accesión invertida, ya que el edificio tiene más valor que el terreno, por lo que éste accede a lo edificado, por lo cual debe abonar a su esposa únicamente el valor de dicho terreno. Por ello se pide la cancelación de las inscripciones contrarias a dicho planteamiento y la práctica de las nuevas inscripciones. Subsidiariamente, si se entiende que lo edificado accede al terreno, solicita que se declare que Doña Josefa debe satisfacer a su esposo la cantidad de veinte millones. El Juzgado absuelve al demandado, ya que estima probado que el terreno es de la esposa y por lo tanto también la casa y que si el marido es titular de obligaciones éstas no están determinadas por no ser objeto del pleito. La Audiencia estimó parcialmente el recurso, condenando a Doña Josefa a pagar al demandante el precio actualizado de la mitad de los materiales y jornales invertidos en la casa o la mitad del aumento de valor de la finca, que se fija en once millones, ya que considera que la finca es de la esposa. Doña Josefa presentó recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la esposa alega infracción de los artículos 12,21 y 22 C.D.C.C. y 1250 y 1251 C.C., ya que la sentencia recurrida admite que el demandante sufragó en parte las obras de edificación de la casa en un terreno de la esposa y sin embargo no aplica la presunción de gratuidad del artículo 12 C.D.C.C. El Tribunal Superior pone de relieve que debe tenerse en cuenta que el artículo 12 no establece propiamente una presunción, sino una regla de asignación probatoria con efectos de orden procesal, de tal manera que, alegada la gratuidad, serán los cónyuges los que deberán demostrar que existe causa onerosa. Por otra parte, la presunción de gratuidad no está pensada para que pueda ser esgrimida por un cónyuge contra otro, sino para facilitar la reclamación de los acreedores cuando los esposos simulan enajenaciones onerosas para crear ficticias situaciones de insolvencia, así se deduce del tenor literal del artículo que habla de demandados y así lo entiende la doctrina, que considera la presunción de gratuidad del artículo 12 y la presunción de donación del artículo 23 medidas de protección de los acreedores de los cónyuges.

Con carácter subsidiario, la esposa recurrente denuncia la interpretación errónea del artículo 278 C.D.C.C., estima que la expresión reintegrar ha de ser interpretada con criterio nominalista y no como una deuda de valor. El Tribunal Superior pone de relieve que la lectura del precepto permite decantarse por una u otra solución, ya que el artículo citado deriva del *Usatge Si quis in alieno*, que no planteaba problemas creados por la depreciación de la moneda. La sentencia recurrida se plantea correctamente el problema partiendo de la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada la norma, contemplando el espíritu y la finalidad de aquélla, que es claramente indemnizatoria, de modo que el desembolso realizado en su día por el constructor y la cantidad que le paga el dueño del terreno tengan idéntica capacidad adquisitiva, por lo cual deben actualizarse el valor de los materiales y jornales que se emplearon, pero ello hasta el límite que supone el valor real de las construcciones en el estado en que se encuentran hoy.

El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 1214 y 1253 C.C., el primero por inaplicación y el segundo por aplicación indebida. El motivo se desestima, ya que la lectura íntegra del fundamento de derecho octavo de la sentencia impugnada revela que el tribunal de Instancia procede en él a valorar el material probatorio, lo que está dentro de sus facultades y es inatacable en casación. De acuerdo con esta valoración, la Sala llega a la conclusión de que el marido sólo pagó la mitad de las obras, es decir que el demandante sólo consiguió probar sus afirmaciones en parte.

Los motivos cuarto y quinto tratan ambos de la prescripción extintiva que la sentencia recurrida no admite y que el recurrente estima consumada, habida cuenta del *dies a quo* del cómputo y la ausencia de

interrupción. De acuerdo con la sentencia de Instancia el día inicial para el cómputo es el momento en que se incorporan los materiales al suelo, con lo cual, dado que la demanda se presentó en septiembre de 1991 y las obras finalizaron en 1963 no habían transcurrido los treinta años si se entiende que el cómputo empieza cuando terminaron las obras. Por el contrario, el recurrente sostiene que la acción pudo ejercitarse desde el momento en que se produjo la adquisición de cada uno de los materiales, tesis que el Tribunal Superior considera que no puede prosperar porque la Compilación habla de edificación como resultado y hasta que la actividad no cesa no podemos saber que es lo edificado y cual es su valor. La prescripción extintiva tiene su base en una presunción de abandono y debe ser interpretada restrictivamente, por lo que no es lógico pensar que el que aportaba materiales reclamara judicialmente el pago y siguiera aportándolos.

El último motivo de casación estima violado el artículo 632 L.E.C., por no haber tenido en cuenta un dictamen pericial caligráfico, pero cabe observar que el artículo que se dice inaplicable hace referencia a como debe apreciarse la prueba, pero no a que tal prueba deba ser necesariamente apreciada por el Tribunal.

Por todo ello se declara no haber lugar al recurso.

V.— Sentencia de 31 de enero de 1994.

El supuesto que resuelve la presente sentencia es, como dice el ponente, una controversia entre cónyuges casados en régimen jurídico de separación de bienes sobre la propiedad de un piso que constituyó la vivienda conyugal. El marido reclamaba la titularidad exclusiva de la vivienda o subsidiariamente la condena de la demandada al pago de la mitad indivisa de su valor o de la suma que la esposa recibió de él para comprar la mitad de dicho piso. La esposa demandada reconvino pidiendo la disolución de la sociedad y, por ser vivienda indivisible la venta en pública subasta.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda en cuanto a la pretensión de la suma entregada a la esposa para la compra del piso y también acogió la reconvencción en los términos solicitados. Dicha resolución, apelada por ambas partes, fue confirmada por la Audiencia y contra la sentencia de la Audiencia presentó recurso de casación el marido.

Tanto el primer motivo de casación como en el segundo se desestimaron como consecuencia de la naturaleza jurídica de la casación, que exige que se citen claramente las normas infringidas, mientras que en el recurso se citan normas de carácter medial o genérico o que después no pueden identificarse, o se mezclan preceptos heterogéneos sin conexión entre sí y que incluso pueden llevar a soluciones jurídicas dispa-

res. No obstante, con el único propósito, dice la sentencia, de extremar la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva, se pone otra vez de relieve que el recurso no responde a la naturaleza de la casación, ya que defiende la vulneración del artículo 404 del C.C. cuando la indivisibilidad de la cosa común es una cuestión de hecho no revisable en casación, a menos que afecte a la naturaleza jurídica de la base fáctica, que no es éste el caso. Otro tanto sucede con la referencia a los artículos 1249 y 1253, en cuando al primero porque su denuncia ya no es viable en casación a partir de la reforma del artículo 1692 L.E.C. por Ley 10/1992 de 30 de abril, por lo que, basarse en el ordinal cuarto sólo sería posible si se hubiera vulnerado la valoración de la prueba. En relación al artículo 1253, para alegarlo es necesario que la sentencia recurrida haya incurrido en una inferencia errónea, ilógica o ilegal, sin que baste la mera duda. Igual sucede con la cita de los artículos 1281.2 y 1282 que sólo pueden ser fundamento de la casación si el Tribunal de instancia incurrió en evidente equivocación por ilógica o absurda. Otra vez la naturaleza de la casación impide alterar la base fáctica sobre la que las sentencias de instancia se apoyaron para afirmar que la adquisición fue conjunta, sin que quepa alegar, como se hizo, ni resulte un planteamiento jurídico adecuado del problema, la infracción de los artículos 1274 y 1276, ya que el hecho de que el precio haya sido pagado por uno sólo de los compradores no afecta a la perfección del contrato de compraventa y por ende en nada puede incidir sobre la causa. Los acuerdos entre los compradores, en orden a que el que adquiría era uno solo no afectan al vendedor y, en todo caso, nunca a la causa que es objetiva.

En cuanto a la infracción que se alega del artículo 49 C.D.C.C., tampoco puede ser acogida ya que dicho artículo no estaba vigente en el momento de perfección del contrato, que es el que debe tenerse en cuenta. Por otro lado el precepto no dice que del pago del precio ha de extraerse la consecuencia de que la titularidad de la cosa se presume del dueño de aquél, sino que, justificada la adquisición, se presume que el dinero es de quien la adquirió. No cabe establecer tampoco ninguna presunción de liberalidad, ya que la admisibilidad de la donación disimulada depende no sólo del cumplimiento de los requisitos legales (forma, no inoficiosidad etc.), sino de que se pruebe claramente la existencia de *animus donandi*. Por todo ello, deviene obvio que no puede atenderse al cuarto motivo del recurso, ya que, al no considerarse que el piso era propiedad exclusiva del marido, no puede concederse la modificación del asiento registral mediante la cancelación de la referencia a su esposa en la inscripción.

Tampoco puede ser acogido el motivo sexto que alega enriquecimiento injusto, porque el marido anticipó un crédito a la esposa y, cuando lo reclama, se condena a la deudora a su pago, por lo que la denuncia carece de consistencia alguna.

Por último, como no se estima el recurso de casación, la Sala no ha de resolver en cuanto a las costas de las instancias.

VI.— Sentencia de 15 de diciembre de 1994.

El demandante Juan G.M. y la demandada Esther F.G. contrajeron matrimonio el día 2 de agosto de 1980. El 11 de abril de 1983 los cónyuges compraron por medio de escritura pública, en la que manifestaban estar casados en régimen de gananciales, un piso y una plaza de aparcamiento por el precio de once millones treinta mil pesetas. El 22 de marzo de 1991 el juzgado de Primera instancia dictó sentencia que decretaba la separación judicial de los cónyuges.

El 23 de abril de 1992 el marido presentó demanda contra su esposa en la cual solicitaba que se declarara que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes, que se declarara la nulidad de la escritura de compraventa en lo que se refiere a la adquisición de la mitad del piso por la esposa, ya que se trataba de una simulación y se declarara la nulidad de la donación del actor a su esposa, por lo que la propiedad de los bienes adquiridos correspondía exclusivamente al marido y, con carácter subsidiario que se condenara a la demandada a pagar a su marido la cantidad de nueve millones cuatrocientos dieciocho mil ochenta y siete pesetas. La esposa contestó a la demanda pidiendo que se desestimara. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que el régimen del matrimonio era el de separación de bienes y desestimando las demás peticiones. El demandante interpuso recurso ante la Audiencia, que lo desestimó.

El primer motivo del recurso alega la infracción del artículo 1232 del C.C. y del 637 de la L.E.C., ya que, según el recurrente, pagó con dinero de su patrimonio privativo y de forma íntegra el piso en litigio y el parking, como reconoció la demandada en la prueba de confesión en juicio que se hizo durante el proceso de separación matrimonial. El motivo se desestima porque el demandante intenta destruir en casación uno de los elementos de la valoración probatoria que hizo la Audiencia y porque, en todo caso, la confesión en juicio sólo es una prueba más que se tiene en cuenta combinada con otros elementos probatorios. El Tribunal Superior considera que la voluntad de las partes fue adquirir el piso para ambos consortes con dinero que consideraban común.

El segundo motivo de casación alega infracción de la disposición transitoria segunda de la ley 13/1984 de la C.D.C.C., en relación al artículo 20 de la misma y la disposición transitoria primera, segunda y cuarta del C.C. y el artículo 633 del mismo Código, ya que considera que, dado que la esposa no contribuyó en el pago del precio, se trataba de una compraventa simulada que encubría una donación de la mitad del piso y del parking, donación que era nula según el artículo 20 de la Compilación de 1960 y también por la falta de requisitos de forma de que adolecía, de acuerdo con lo que establece el artículo 633 del C.C.

El problema crucial es determinar cual es la normativa a aplicar a las donaciones entre cónyuges otorgadas mientras estaba vigente el primitivo artículo 20 de la Compilación de 1960, que se decantaba por

la tesis de la nulidad de dichas donaciones, cuando esta nulidad se invoca en un momento en que el legislador catalán las considera válidas (artículo 20 del texto compilado en la redacción de 1984). La sentencia de casación considera que no se trata de aplicar retroactivamente el artículo 20 de la Compilación de 1984, sino de precisar como han de ser valoradas jurídicamente, después de la nueva normativa sobre donaciones, las que se realizaron con anterioridad a ella. Teniendo en cuenta que el régimen jurídico de las donaciones entre cónyuges lo establece la ley con independencia de la voluntad de las partes, se ha de entender que la nueva ley regula los efectos de las donaciones otorgadas antes de su vigencia, porque se persigue el establecimiento de un régimen general uniforme, por lo que la donación que hizo Don Juan a su mujer debe considerarse válida. La sentencia del Tribunal Superior también rechaza la pretendida infracción del artículo 633 del C.C., ya que la existencia de un ánimo de liberalidad comporta la validez de la donación encubierta que documenta la escritura pública de compraventa, con el otorgamiento de la cual se cumplen los requisitos de dicho artículo.

El tercer motivo de casación alega la infracción del artículo 49 C.D.C.C. en relación al 1145,2 del C.C. pidiendo que, de considerarse válida la donación, se reconozca la existencia de una acción de reembolso a favor del marido de la cantidad de nueve millones ciento noventa y ocho mil ochenta y siete pesetas. La sentencia que resuelve el recurso de casación considera que dicho artículo 49 (en la redacción de 1984) no estaba vigente cuando los cónyuges compraron las fincas por lo cual no debe aplicarse al supuesto de hecho, pero, además, en ningún momento se ha acreditado que el precio del inmueble en litigio se hubiera pagado con dinero privativo del marido y la parte pretende que se tenga por cierto un hecho que no se ha podido demostrar.

Los dos últimos motivos del recurso se rechazan como consecuencia de la naturaleza jurídica del recurso de casación que, en modo alguno, puede constituir una tercera instancia. Se alega la infracción de los artículos 1 y 2 de la L.H., ya que la sentencia de instancia, después de establecer que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, desestima la pretensión del demandante de que se haga constar dicho régimen en el Registro de la Propiedad, pero debe ponerse de relieve que contra dicho pronunciamiento la parte actora no interpuso recurso en su momento, por lo que ahora es firme y no puede ser objeto del recurso de casación. Otro tanto sucede en relación a las costas que la sentencia de Primera instancia impuso al demandante, ya que según reiterada jurisprudencia la apreciación de los hechos o de las circunstancias que determinan la imposición de costas es una facultad discrecional de los organismos de instancia.

Por todo lo cual se desestima totalmente el recurso.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

«Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995».

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

HECHOS PROBADOS

Los hechos probados se contienen en el primer fundamento de derecho de la Sentencia comentada y son los siguientes:

Tres hermanos adquieren la propiedad de una serie de fincas, sitas en Cataluña, por escritura de donación de 2 de noviembre de 1967. En dicha escritura se establece, en favor de todos los donatarios, un derecho de tanteo y un derecho de retracto para caso de enajenación de cualquiera de las fincas. Por subasta judicial, celebrada el 11 de mayo de 1984, se enajena la finca correspondiente a uno de los donatarios, escriturándose la enajenación forzosa el 18 de septiembre de 1985. La adjudicataria, el 8 de junio de 1987, vende a un tercero la finca adjudicada mediante documento privado. Uno de los donatarios, hermano del propietario de la finca subastada promueve demanda, en juicio de retracto, presentada el 16 de septiembre de 1989. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Barcelona dictó sentencia el 21 de diciembre de 1990 por la que, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, absolvió a la demandada en la instancia. En grado de apelación, la sección 11 de la Audiencia de Barcelona, entrando a conocer del fondo del asunto, rechazó íntegramente la demanda em sentencia de 16 de octu-

bre de 1991. La donataria demandante, recurre en casación y el TS declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.— Ninguno de los motivos se encauza por vía del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto a la errónea valoración de los hechos deducidos de los instrumentos de prueba, ni de la posible violación de alguna regla legal de valoración de algún medio de prueba, al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida han de constituir firmes premisas en la adecuada aplicación del Ordenamiento Jurídico.

TERCERO.— El primer motivo con base en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/3421 886 y NDL 18732), párrafo 2.º y jurisprudencia cuyas sentencias invoca. Hay que tener presente que la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia «erga omnes» y constituye por lo tanto una petición de principio hacer uso y aplicación del precepto hipotecario que se invoca en el motivo, dando por supuesto que se está en presencia de un derecho real en la convención de unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios para el caso de enajenación de su cuota o finca adjudicada. Precisamente esa eficacia «erga omnes» que está paladina y taxativamente recogida para el retracto legal en el artículo 37.3.º de la misma Ley se echa de menos en lo que atañe al retracto convencional «sui generis», que en el presente pleito se contempla. Piénsese que el derecho real para ser tal ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia «erga omnes» que no se comprendería sin aquellas; y es el caso de que este retracto convencional, precedido de su tanteo, es un retracto-convencional en el sentido estricto de la palabra porque no está erigido simplemente por la voluntad de la donante, sino por el concurso de voluntades que es imprescindible para su constitución incluso como institución gratuita (artículos 621, 623 y 630 del Código Civil). Y ha de constatarse que no es un supuesto el de autos de los previstos en el artículo 1507 del citado cuerpo legal, pues este

precepto se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa y aquí es un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos y por esta razón la falta del signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio de tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aun en los que simplemente convencionales y así lo exigía con energía para su operatividad como tal retracto convencional la RDG de Registros de 27 de marzo de 1947 (RJ 1947/440), en la que, en lo pertinente al caso que se examina, se dice «como las partes se limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas afectaba, es indudable que los posteriores adquirentes del inmueble deben verse libres de sus trabas y restricciones y desligados en absoluto de las consecuencias que pudieran derivarse de la estipulación, que si bien fue recogida en la inscripción que causó oportunamente la escritura... no perdió por ello su verdadero carácter obligacional, toda vez que los asientos practicados en el Registro no alteran la naturaleza de los derechos que se inscriben». Es de notar que los derechos de tanteo y retracto —fases al fin y al cabo de un mismo derecho preferente de adquisición—, cuando están obligados legalmente se les asigna un tiempo de caducidad para su ejercicio, incluso en el caso del derecho de traspaso arrendaticio embargado y ejecutado, se marcan unas normas que sirven de garantía a extraños (artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos [RCL 1964/2885; RCL 1965/86 y NDL 1844]) y en la institución del retracto convencional «stricto sensu» del artículo 1507 del Código Civil también se preocupa el mismo texto legal en su posterior precepto de marcar un límite temporal para su ejercicio si falta el pacto expreso y ello para aviso de terceros y garantía de la seguridad jurídica, luego en el caso de autos no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos a partir de la enajenación a un extraño. De ahí, que no pueda acusarse la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria porque se está en presencia, ni más ni menos, que de un derecho personal u obligacional y por ello no era necesario entablar la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Por todo ello el motivo decae.

CUARTO.— El motivo segundo, consecuente al primero como dice la propia recurrente, se apoya en el número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para de-

nunciar la infracción del artículo 359 de la misma Ley procesal por supuesta incongruencia de la sentencia recurrida al conceder lo no solicitado en la contestación a la demanda. No es exacto el alegato y no hay incongruencia por tanto; estando como están conformes las partes —y la escritura que establece el derecho de retracto convencional lo avala—, en que no se determinó el tiempo hábil a partir de la enajenación y se ha polemizado hasta la saciedad cuál sería el aplicable en este caso. Lo que sienta como doctrina la sentencia recurrida, que aquí se confirma, es la improsperabilidad del ejercicio de un derecho contra tercero —el adquirente en la subasta judicial—, por no poder afectarle como tal, un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional y precisamente por no establecerse un plazo careciendo por ello de la eficacia de la que se quiere investir por la recurrente, máxime cuando preténdese que la tenga no en un acto de enajenación voluntaria sino forzosa como es la vía de apremio procesalmente considerada. En la fase primera de tanteo, técnicamente, puesto que así se convino juntamente con el retracto, debió perfilarse en la contratación a ellos alusiva, la forma y tiempo de su ejercicio e inscribirse para su eficacia ante terceros y poder cumplirse, caso de ser fallido el tanteo, la segunda fase, cual es el retracto, como modo de adquisición preferente que es y con iguales detalles de tiempo y forma, por lo que no tendría sentido en este caso de convención conjunta de ambas fases, de pasar a la segunda sin intentar la primera, siendo segmentos de un mismo ciclo institucional, por lo que el motivo no puede prosperar.

QUINTO.— El motivo tercero, con sede en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala la violación de los artículos 781 y 785.2.º del Código Civil y artículo 26.3.º de la Ley Hipotecaria. No hay vulneración posible cuando dichas normas no se han mencionado explícita ni implícitamente por lo que tampoco puede haberla respecto de la jurisprudencia encarnada en las sentencias que se invocan. En efecto, en la sentencia recurrida, no se pone en tela de juicio, la licitud de la convención o pacto a través de la donación, de conservar en el seno familiar o vincular los inmuebles objeto de la donación, lo que no está conforme la sentencia es en reconocer la categoría del derecho real del tanteo y retracto en la forma que se ha convenido, como instrumento jurídico para hacer efectiva tal vinculación, sin olvidar que —y esto es trascendente—, que técnicamente tampoco constituye una prohibición de disponer o enajenar en la forma y modo a que se refiere el precepto hipotecario y el artículo 785.2.º del Código Civil, sino la constitución de un dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar salgan los inmuebles del patrimonio familiar, pero insistimos, en que esa

voluntariedad de ejercicio de los codonarios, excluye por sí misma la prohibición de disponer absoluta que es a la que se refieren los preceptos señalados, por lo que el motivo decae. Y en todo caso, a la misma solución jurídica se llegaría, es decir, por aplicación de dichas normas civiles comunes, conforme disponen por un lado y en función del régimen estatutario la Ley 10, en relación con la Ley 452 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra (RCL 1973/408, 456; RCL 1974/1077 y NDL 22212; DLN II 86) ya que como se ha visto no se ha constituido el retracto voluntario con carácter real sino personal (Ley 460) lo que nos remite a esas normas civiles del Derecho Civil Común según Ley 6 y por otro lado el artículo 117 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (ApNDL 2001 y LCAT 1984/1888), nos da idéntica conclusión a la establecida en el Código Civil en el tema que aquí se examina; todo ello habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.º de dicha Compilación, artículo 12 del Código Civil y dada la vecindad civil navarra de donante y donatarios y la ubicación catalana de las fincas cuestionadas.

SEXTO.— El motivo cuarto, residenciado en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de los artículos 26.3.º de la Ley Hipotecaria; artículo 1521 del Código Civil y jurisprudencia cuyas sentencias cita. En cuanto a la infracción del precepto hipotecario coincidente en señalar su conculcación con la expuesta en el motivo anterior ha de estarse a lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente para no repetir idénticas consideraciones; en cuanto a la infracción de la norma civil, no ha lugar a su examen por referirse al retracto legal y el del presente caso es voluntario y tratarse además de una norma genérica de nula aplicación al litigio que nos ocupa y en lo atinente al alegato relativo a la enajenación forzosa por subasta judicial, que ciertamente tiene escasa conexión con las normas del epígrafe del motivo que se dan por infringidas ha de estarse a lo expuesto precedentemente en lo a ello relativo, sin perjuicio de reiterar una vez más que la forma abstracta de establecer el tanteo y el retracto sin concreción de tiempo de caducidad para uno y otro, devalúa el carácter real, que acaso quiso imprimirse, quedando reducido a un ámbito obligacional impermeable en su afectación a terceros. En razón de todo ello el motivo fenece.

SÉPTIMO.— Rechazados los cuatro motivos se desestima el recurso, con costas a la parte recurrente (artículo 1715 «*in fine*» de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con devolución del depósito innecesariamente constituido (artículo 1703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

COMENTARIO

La cuestión central de la Sentencia objeto de nuestro estudio es el carácter real o personal del derecho alegado por la demandante y recurrente. Antes de entrar en ella, es necesario examinar la calificación del citado derecho, que según el TS es un retracto convencional «sui generis». Finalmente, nos ocuparemos de otras cuestiones importantes: a) la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en los procedimientos de retracto; y, b) el posible ejercicio del derecho de retracto en una subasta judicial.

A. Calificación del derecho de los donatarios

La recurrente y demandante alegaba la titularidad de un derecho de retracto convencional de carácter real. Frente a tal argumentación, el TS lo califica como derecho de retracto convencional «sui generis» de carácter obligacional.

Nosotros en este punto, dejaremos a un lado, el carácter real o personal del derecho, para entrar en el estudio de su calificación.

De acuerdo con la argumentación del TS, se puede comenzar diciendo que no estamos ante una compraventa con pacto de retro o retracto convencional «strictu sensu» regulado en los arts. 1507 y ss. C.c. (1).

El pacto de retro, como señalan DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, es el derecho a recuperar la cosa vendida que el vendedor se reserva. Se configura como una condición resolutoria de la compraventa (2).

Como puede observarse, es una figura distinta a la que se presenta en el caso de autos y que el mismo Tribunal califica como «retracto convencional “sui generis”». En este caso, estamos ante la posibilidad otorgada a los donatarios por el donante de que puedan adquirir la finca si ésta va a ser enajenada a un tercero (tanteo) o para recuperarla si ya ha sido transmitida a tercero (retracto) (3).

(1) El TS en su fundamento de derecho 3.º señala: «Y ha de constatarse que no es un supuesto el de autos de los previstos en el artículo 1507 del citado cuerpo legal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa y aquí es un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos...». El TS recoge en esta argumentación la posición unánime de la doctrina: el art. 1507 del Cc. regula bajo la denominación «retracto convencional» el pacto de retroventa o la compraventa con pacto de retro.

(2) Es opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia. *Vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», II, 7.ª ed., Madrid, 1995, p. 320; LA-CRUZ/RIVERO: «Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones»; II-3.º, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 102. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 26 de mayo de 1951; 28 de mayo de 1957 y 14 de diciembre de 1961; entre otras.

(3) La existencia de los derechos de tanteo y retracto en la misma persona, es lo normal, pues como señala el TS en su fundamento de derecho 3.º: «tanteo y retracto (son) - fases al fin y al cabo de un mismo derecho preferente de adquisición».

Es claro, en conclusión, que no estamos ante un pacto de retroventa. ¿Podríamos afirmar que estamos ante una figura similar al retracto legal?, es decir, ¿un retracto atípico configurado a semejanza de los retractos legales? Esta parece ser la postura de la recurrente, al alegar como motivo cuarto de su recurso de casación la infracción del art. 1521 del Cc.

Es evidente que no estamos ante un retracto legal, puesto que no lo crea la ley sino que lo establece el donante. Si se puede entender que se quiso configurar un derecho de adquisición preferente en favor de los donatarios similar en su estructura a los recogidos en la Ley. Entramos así en la vieja cuestión del «*numerus clausus-numerus apertus*» en los derechos reales, la posibilidad de crear nuevos derechos de adquisición preferente por el juego de la autonomía privada. Según la doctrina mayoritaria, científica y jurisprudencial, en el Derecho de cosas español rige el sistema de número abierto, sin ninguna duda en lo relativo a los derechos de adquisición preferente (4). En mi opinión, sin embargo, es dudosa la existencia de un sistema de número abierto de derechos reales si se entiende como creación de nuevas figuras atípicas, porque si se atiende a las razones aducidas por la doctrina que apoya la teoría del número abierto (5), y se atiende a la distinción entre los derechos reales y personales (seguridad, determinación, etc.), el ámbito de la autonomía privada queda tan reducido que sólo se da opción a modificar el contenido de los derechos reales típicos existentes (6). Es muy difícil, por no decir imposible, llegar a crear por los particulares una nueva figura de derecho real.

Llegados a este punto, el TS llega a la conclusión de que nos encontramos ante un retracto convencional «*sui generis*». Esta calificación se dio ya por la Audiencia de Barcelona, pues el Tribunal de Primera Instancia sólo señaló que se trataba de un retracto convencional, pero no entró en el fondo del asunto por aceptar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado.

(4) *Vid.* en este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Retracto de origen voluntario», en Homenaje a Roca Juan, Murcia, 1989, p. 333; Díez-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 55; CASTÁN: «Derecho civil», II-1.º, 13.^a ed., Madrid, 1987, p. 82; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho civil, III-1.º, 3.^a ed., Barcelona, 1989, p. 34.

(5) La admisión de nuevas figuras de derechos reales creadas por los particulares exige, como ha señalado Díez-PICAZO analizando la jurisprudencia registral, los siguientes requisitos o límites: 1.º— Sometimiento a los límites generales del art. 1255 C.C.; 2.º— Deben reunir los caracteres propios de los derechos reales; 3.º— Necesidad de configurarlo con claridad, atenerse a la estructura típica y determinar de forma precisa su contenido y la cosa sobre la que recae (principio de determinación); 4.º— Que se vincule a una determinada cosa y no a personas; y, 5.º— Que tenga una causa que le sirva de modo continuado, se funde en un interés serio y legítimo y trate de cumplir la función económico-social para la que ese derecho real es necesario. *Vid.* Díez-PICAZO/GULLÓN: «Sistema...», III, *cit.*, p. 55.

(6) CASTÁN: *Op. cit.*, II-1.º, p. 83 señala que el número cerrado es más conforme con la naturaleza e intereses de los terceros.

B. Carácter del derecho de los donatarios.

Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo consideran que ese retracto convencional «sui generis» no es real sino meramente personal por adolecer de un defecto importante: la falta de fijación de un plazo, desde la enajenación a un tercero, para ejercitar el retracto.

El TS, en su Fundamento de derecho Tercero considera que para que un derecho sea real «ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia «erga omnes» que no se comprendería sin aquéllas... el signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio del tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales». En el mismo sentido, la Audiencia había considerado que tanto los retractos legales como convencionales, todos son derechos reales de adquisición preferente, que gozan de igual naturaleza, estructura y contenido pero de origen distinto (F. de Derecho 2.º) y, añade en su fundamento de derecho 4.º, que si bien rige el principio de número abierto de los derechos reales, la estructura y alcance de dicho pacto debe ostentar los caracteres propios de los derechos reales, en el caso del retracto, necesitan un plazo: la fijación taxativa de un plazo para su ejercicio, en atención a su eficacia «erga omnes» como derecho real por el legítimo interés de los terceros, de la seguridad jurídica (7).

(7) En términos similares se resolvió el asunto en la RDGRN de 27 de marzo de 1947 (Ar. 440) citada por la STS. En la citada Resolución los hechos eran los siguientes: D.ª M. vende a D. J. una finca por escritura pública, pactándose en la estipulación 5.ª: «Para el caso de que D.ª M. o sus herederos tuviesen que vender la casa n.º 1 de la calle M. S., de esta ciudad, y el comprador o compradores de la misma les exigieren la adquisición de la casa almacén que se transmite en esta escritura al señor B. viene obligado dicho señor y, en su caso, sus herederos a ceder la casa-almacén con un aumento en el precio de venta en que figura en la presente escritura que no excederá del 160 por 100, libre de todos los gastos para el señor B., en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El comprador, D. J., transmite la finca a un tercero y éste a D. M. El actual adquirente presenta instancia de cancelación de la citada cláusula y el Registrador lo deniega por ser una reserva de derechos en favor del vendedor que limita las facultades del adquirente y que debe constar como elemento determinante de la extensión del derecho inscrito. La DGRN, en recurso gubernativo, revoca la nota del Registrador. El problema que se planteó era la naturaleza de la figura creada en la estipulación 5.º. La DGRN en su 2.º Considerando señaló: «Que la posible analogía ...con el retracto convencional queda descartada desde el momento que carece de los dos elementos esenciales exigidos por el Código civil en sus artículos 1507 y 1508 y que son la consignación expresa del derecho de retraer ...y el establecimiento de un plazo para su ejercicio que, en defecto de pacto expreso, lo señala taxativamente dicho Cuerpo legal, por todo lo cual pudiera estimarse que el contenido de dicha relación guarda mayor afinidad con el denominado derecho de opción, pero configurado en este caso como simple compromiso o promesa de venta, según lo demuestran las siguientes circunstancias:...tercera, existe una absoluta indeterminación en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho convenido concedido a la vendedora...».

El plazo del ejercicio del retracto, así como el plazo de su duración, es un requisito esencial de la figura. La doctrina considera que es una exigencia necesaria para que este derecho reúna los requisitos de determinación, especialidad y respeto a las exigencias del tráfico, que señala el plazo respecto del dueño a efectos de preferencia y el plazo por respeto al retrayente (8). Además, el plazo al ser de caducidad (fundamentos de derecho 6.º y 3.º) implica que es una razón de orden público la que interviene en este sentido.

Respecto del plazo de duración del citado derecho, si bien, no se decía nada en la escritura de donación la demandante y recurrente alegaba en el motivo tercero de su recurso la violación de los arts. 781 y 785,2.º del CC. y del art. 26,3.º de la LH. El TS contesta a este motivo en su fundamento de Derecho quinto: «... técnicamente tampoco constituye una prohibición de disponer o enajenar en la forma y modo a que se refiere el precepto hipotecario y el artículo 785,2.º del Código Civil, sino la constitución de un dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar salgan los inmuebles del patrimonio familiar, pero insistimos, en que esa voluntariedad de ejercicio de los codonatarios, excluye por sí misma la prohibición de disponer absoluta que es a la que se refieren los preceptos señalados». No creo que la recurrente pretendiese alegar la existencia de una prohibición de disponer a través de este motivos sino más bien alegar a su favor la existencia del derecho de retracto, es decir, señalar los límites de duración de su derecho. No tiene demasiado sentido querer alegar una prohibición de disponer. Como bien señaló el TS, no estamos ante una prohibición de disponer, ni tampoco cabe hablar de una obligación de no disponer.

No es una prohibición de disponer porque ésta priva a su titular de la facultad de disposición, careciendo en adelante de ella (9). Lo que no ocurre en el caso examinado, pues a los donatarios no se les priva de la facultad de disposición por el donante, si se sostiene que también son eficaces las prohibiciones de disponer impuestas a título gratuito *inter vivos* (10), que sería quien debería establecer la prohibición de disponer respondiendo a un interés justo y legítimo (interés de la familia). Lo que se establece, parece, es la preferencia adquisitiva de los otros donatarios en caso de enajenación.

(8) *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Retracto de origen voluntario», *cit.*, p. 338.

(9) *Vid.* en este sentido por todos, Díez-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», III, *cit.*, p. 842; CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer», *ADC*, 1991-IV, p. 1454.

(10) En este sentido, Díez-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», III, Madrid, 1995, p. 842. En contra, CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer», *ADC*, 1991-IV, pp. 1473, para la que sólo son prohibiciones de disponer las establecidas a título gratuito *mortis causa*, porque el art. 26.3.º de la LH prescribe que sólo son inscribibles la prohibiciones de disponer si la legislación vigente reconoce su validez, y en la ley sólo se mencionan las prohibiciones de disponer impuestas por el testador.

Tampoco puede considerarse como una obligación de no disponer, entendamos que ésta incluye sólo la prohibición de disponer impuesta a título oneroso o que además incluye las prohibiciones de disponer a título gratuito *inter vivos*. La razón es que los donatarios en ningún momento se obligan a no ejercitar la facultad de disposición sobre el bien.

Aun admitiendo que fuese una prohibición de disponer es dudoso que no quepa su enajenación por ejecución judicial. Es decir, es dudosa la afirmación de que la prohibición de disponer inscrita en el Registro sea un impedimento absoluto para los acreedores. En este sentido se pronunció la RDGRN de 22 de febrero de 1989 (Art. 1696) que consideró que la prohibición de disponer sólo afecta a la facultad del adquirente de disponer voluntariamente, pero no al poder que el art. 1911 C.C. concede a los acreedores. Es decir, cabe no sólo embargar los bienes sobre los que recae una prohibición de disponer sino también su ejecución (11).

En mi opinión, la recurrente pretendía alegar un plazo de duración de su derecho que sería el mismo que el que se señala para las prohibiciones de disponer. Para fundamentar esta afirmación hay dos razones en cierto modo conectadas: de una parte, la idea tradicional de que los derechos de adquisición preferente son vínculos impuestos a la propiedad, limitaciones a la facultad de disposición (12); y, de otra, si una prohibición de disponer puede tener esa duración tan prolongada, también la puede tener un derecho de retracto que implica una restricción menor para el disponente. No obstante, se puede señalar que estos derechos no afectan a la facultad de disposición como las prohibiciones de disponer. El titular del bien tiene la facultad de disposición y puede ejercitarla, lo que ocurre es que se limitan los sujetos a los que se puede enajenar. Primero debe ofrecerse (tanteo) al que tenga el derecho de adquisición preferente. Si no se ofrece y se enajena a un tercero, éste puede verse privado del bien recuperando todo lo que él pagó (retracto).

El verdadero problema se plantea porque no se estableció un plazo de ejercicio del retracto. A este respecto, debo señalar que:

- No se puede aplicar el plazo de cuatro años recogido en el art. 1507 C.c. para la compraventa con pacto de retro, (que de ser aplicable supondría que la donataria lo ha ejercitado en plazo), porque el supuesto de hecho es diferente al del caso planteado. Es decir,

(11) *Vid.* en este sentido, CAÑIZARES LASO: *Op. cit.*, pp. 1522 y ss., que se basa en la evolución del criterio de la DGRN a partir de 1980, y concretamente con la Resolución de 22 de febrero de 1989. En una posición contraria, *vid.* ROCA SASTRE: «Derecho hipotecario», Barcelona, 1979, p. 737 que niega la posibilidad de embargar estos bienes. Algo más matizada, *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, 5.ª ed., Madrid, 1990, p. 63 para quienes cabe el embargo y la anotación pero no la ejecución hasta que desaparezca la prohibición.

(12) *Vid.* en este sentido, RDGRN de 4 de enero de 1927; GONZÁLEZ PACANOWSKA: *Op. cit.*, p. 337.

no puede aplicarse analógicamente porque la adquisición del derecho no es por venta y en favor del vendedor sino por donación y en favor de un donatario.

- El retracto convenido guarda una cierta relación estructural con la figura del retracto legal (13). El problema es si a pesar del distinto origen se puede aplicar por analogía el plazo legal previsto: ejercicio del retracto durante los nueve días siguientes a la inscripción. Esto nos plantea problemas importantes, pues la interpretación analógica entraña graves dificultades (14).

Se podría plantear el problema de la posible aplicación de los Derechos civiles especiales o forales por la situación de las fincas y la vecindad de los donatarios. Debe decirse, a este respecto, que no cabe la aplicación del Derecho Civil Navarro porque son necesarios dos requisitos para su aplicación: que las fincas estén en Navarra, cosa que no se da, y que sean vecinos de tal Comunidad Autónoma. En consecuencia, no cabe la aplicación de la Ley 460 en relación con la Ley 462 relativos a los retractos convencionales y donde se señala un plazo de 30 días desde el conocimiento de la enajenación para ejercitar el retracto. Tampoco cabe la aplicación de la ley 452 relativa al retracto gentilicio (15), que podría ser la figura que más se asemeja al caso concreto porque los bienes no están situados en Navarra. Tampoco cabe la aplicación del Derecho civil de Cataluña porque con base en su art. 3, ante un conflicto interregional hace remisión al Código Civil. Concretamente sería aplicable el art. 10,1.º del CC por lo que habría que atender a la situación del inmueble y sería aplicable la ley catalana. No obstante, el art. 117 de dicha Compilación se refiere a las prohibiciones de disponer, y como hemos visto no estamos ante tal figura. Además la Audiencia argumenta en su fundamento de derecho 4.º: «El pretender aplicar al caso, como se postuló por la recurrente, el plazo de prescripción de treinta años regulado en la Compilación de Cataluña resulta dogmáticamente inaceptable (pues el plazo prescriptivo es de extinción del derecho, con independencia de su previa naturaleza), y, en la práctica permitiría situaciones de abuso de derecho que resultarían contrarias a la más elemental seguridad jurídica».

(13) En igual sentido, RUBIO TORRANO: «Comentario...», *cit.*, p. 800 y 802, quien entiende que las partes convinieron un derecho de adquisición preferente típico, en cuanto que su estructura es idéntica a la del retracto legal, no su origen.

(14) *Vid.* en igual sentido, RUBIO TORRANO: «Comentario...», *cit.*, p. 802: la aplicación del 1524 C.c. por analogía resulta forzada.

(15) Ley 452: «El retracto gentilicio, familiar o de sangre, podrá ejercitarse para rescatar determinados bienes inmuebles o cuotas indivisas de éstos. Ley aplicable.— Este Derecho de retracto se dará sobre bienes situados en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros».

En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo, la falta de señalización de un plazo de ejercicio para el derecho impide considerar a éste como un derecho de adquisición preferente de carácter real. El derecho es meramente personal y con eficacia entre las partes. En igual sentido, la Audiencia consideró que el retracto convencional era nulo por faltar, desde el principio, un plazo de duración. Por consiguiente, prosigue en su fundamento de derecho quinto, podría subsistir como un derecho personal con eficacia interpartes, por el principio de conservación de los actos jurídicos. Ante esta consecuencia, se puede cuestionar si realmente tiene algún derecho la donataria, pues ¿de qué sirve un derecho de retracto sin eficacia frente a tercero? En realidad se debe concluir que la donataria no tiene ningún derecho de adquisición preferente puesto que no puede oponer o ejercitar ningún derecho frente al adquirente. Aún más, tampoco puede dirigirse frente al donatario ejecutado puesto que no ha ejercitado ningún derecho.

Por último señalar, que como bien dejaron de manifiesto los tribunales citados, la inscripción no cambia el carácter de los derechos. La inscripción en el Registro no es constitutiva, y su finalidad es dar publicidad de un derecho frente a determinados terceros.

En la hipótesis de que se considerase que es un derecho de retracto y, admitiendo su carácter real (16), se presentan dos nuevos problemas: el del sujeto o sujetos contra quien debe ejercitarse (si existe litisconsorcio pasivo necesario) y, el de la posibilidad de su ejercicio cuando se produce la adquisición del bien por subasta judicial.

C. El litisconsorcio pasivo necesario en el retracto

Como se deduce de los hechos relatados en el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia absolvió a la demandada al admitir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que ésta había transmitido la finca objeto del litigio a otro sujeto que no había sido demandado (17).

(16) En mi opinión los derechos de adquisición preferente no son derechos reales. El derecho real es un poder directo e inmediato sobre la cosa (*vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, *cit.*, p. 41; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho civil», III-1, *cit.*, p. 6; CASTÁN: «Derecho civil», II-1.º, *cit.*, p. 39) con sus notas de inmediatividad, carácter absoluto e inherencia. Esta definición no se puede aplicar al retracto porque no otorga poder directo e inmediato con la cosa. Como señalan DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, *cit.*, p. 53, son simples facultades de adquisición que se pueden englobar bajo los llamados derechos potestativos. En contra, entre otros, RUBIO TORRANO: «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1995», *cit.*, p. 800 para el que la inmediatividad se da en el retracto porque ésta es la actuación del propietario sobre la cosa, no directa sino sin intermediación.

(17) Así lo recoge expresamente la sentencia de la Audiencia en su fundamento de derecho primero.

La demandante y recurrente en apelación, motivó su recurso en que la doctrina de que existe situación consorcial entre el transmitente y el adquirente en materia de retractos no es aplicable a los retractos convencionales, sino sólo a los legales (18).

Si es un retractor convencional, como bien señaló la Audiencia, es necesario que la acción se dirija por el retrayente contra el actual poseedor del bien, pues considera que la «reipersecutoriedad (art. 1510 C.c.), tal acción reivindicatoria, en materia de retractos convencionales..., hace que la acción pueda dirigirse por el retrayente contra el actual poseedor de la cosa, sin necesidad de traer a juicio a los transmitentes intermedios de la misma, lo que excluye, en el caso de sucesivas transmisiones del bien sometido al retractor convencional, la situación consorcial...contrayéndonos al presente caso, precisamente el poseedor actual del bien no resulta el demandado...».

Es doctrina jurisprudencial unánime que el litisconsorcio pasivo necesario es una excepción creada por la jurisprudencia y basada en los principios de que nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído y vencido y, en la autoridad de la cosa juzgada, evitando que sobre un mismo asunto puedan recaer sentencias contradictorias (19). La finalidad que se persigue es evitar que la sentencia pueda afectar directa y perjudicialmente, con los consiguientes efectos de cosa juzgada, a alguna persona que no haya sido parte, sin posibilidad de ser oída ni defenderse, con infracción del art. 24 CE (20). El litisconsorcio pasivo necesario como excepción invoca una defectuosa determinación de las partes litisconsortes, que supone una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal (21).

No obstante, si se da dicha excepción, que puede incluso ser apreciada de oficio (22) porque afecta a la recta constitución de la relación jurídico-procesal, es una cuestión de orden público, podría corregirse mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno (23).

(18) *Vid.* fundamento de derecho segundo de la Sentencia de la Audiencia.

(19) *Vid.* STS 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 19 de abril de 1995 (Art. 3428); 11 de abril de 1995 (Art. 3187); 17 de marzo de 1993 (Art. 2017); entre otras.

(20) *Vid.* STS 24 de junio de 1995 (Art. 4985); 27 de enero de 1995 (Art. 175); 7 de octubre de 1993 (Art. 7311); 5 de noviembre de 1991 (Art. 8145); 2 de febrero de 1991 (Art. 699); entre otras.

(21) *Vid.* STS 14 de julio de 1995 (Art. 6008); 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 19 de abril de 1995 (Art. 3428); 11 de abril de 1995 (Art. 3187); 19 de abril de 1993 (Art. 3100); 17 de marzo de 1993 (Art. 2017); 15 de marzo de 1993 (Art. 2017); 29 de abril de 1992 (Art. 4468); 31 de marzo de 1992 (Art. 2316); 24 de abril de 1990 (Art. 2799); 27 de mayo de 1988 (Art. 4348); entre otras.

(22) *Vid.* por todas, STS 14 de julio de 1995 (Art. 6008); 24 de junio de 1995 (Art. 4985); 9 de mayo de 1995 (Art. 3631); 19 de abril de 1993 (Art. 3100); 20 de febrero de 1990 (Art. 702); 11 de abril de 1988 (Art. 8435).

(23) *Vid.* en este sentido, STS de 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 9 de mayo de 1995 (Art. 3631).

En el caso concreto, la demandante y recurrente no actúa en ningún momento contra el actual titular del bien sino contra la adjudicataria. Quizá debido a que atendió a los datos del Registro (24) y porque cuando ejercita la acción desconoce la transmisión efectuada por la adjudicataria por lo que siempre podría oponer el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH). No obstante, ya en primera instancia, cuando el demandado alegó la excepción y le dio conocimiento de la sucesiva transmisión debería haber demandado al actual adquirente, incluso para mayor seguridad de su proceso, conjuntamente con el transmitente y suspender así el plazo de caducidad del retracto. Porque, en materia de retractos es doctrina jurisprudencial reiterada, que la acción ha de dirigirse conjunta y sucesivamente contra los que, por enajenaciones posteriores, hubiesen adquirido la finca objeto de retracto (25). Y, como señala la STS de 7 de julio de 1995 (26) «es sentir general de la doctrina y jurisprudencia, que cuando se ejercita antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes, con lo cual si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia (27). Cuando esas sucesivas transmisiones se conocen durante el litigio y se esta en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a este segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado, no habría podido ser condenado».

Como se deduce de lo expuesto, la razón de demandar conjuntamente a los sucesivos adquirentes para ejercitar el retracto es la de evitar que la acción del retrayente sea estéril. En todo caso es una doctrina que se aplica a los retractos legales. Pero, como bien señaló la sentencia de la Audiencia, si se tiene en cuenta que estamos ante un retracto convencional y conocemos al actual poseedor del bien, nos basta con demandar a éste sin que se nos planteen problemas de situación consorcial. Pues, con el ejercicio del retracto pretendemos adquirir un bien sobre el que tenemos un derecho de adquisición preferente frente a los demás.

En nuestro caso, la demandante sólo actúa contra la adjudicataria y no contra el actual poseedor del bien. Pero aún debemos tener en cuenta dos datos importantes: que la subasta se celebra el 11 de mayo de 1984 y, que la escritura de enajenación forzosa se otorga el 18 de septiembre de 1985, mientras que la actora demanda el 16 de septiembre de 1989. Si fuese un retracto convencional ¿estaría dentro de plazo? No, si se atiende a la fecha de la subasta, pero sí, si tenemos en cuenta la fecha de la escritura de enajenación, donde aún faltan 2 días para cumplir el plazo de caducidad de cuatro años.

(24) Entendió que ella era titular registral, tenía su derecho inscrito, y la adjudicataria también.

(25) *Vid.* por todas la STS de 20 de junio de 1980 (Art. 3079).

(26) Art. 5564, fundamento de derecho segundo.

(27) *Vid.* en igual sentido, STS de 10 de abril de 1904; 8 de junio de 1906; 27 de mayo de 1927; 13 de marzo de 1949.

Aquí, entramos en un nuevo problema: ¿Puede ejercitarse un retracto de carácter real en una adjudicación judicial previa subasta?

D. Ejercicio del retracto en la subasta judicial (*)

Es un problema al que alude el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico cuarto y que él niega en el caso concreto debido a la falta de carácter real del derecho «Lo que sienta como doctrina la sentencia recurrida, que aquí se confirma, es la improsperabilidad del ejercicio de un derecho contra tercero —el adquirente en la subasta judicial—, por no poder afectarle como tal, un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional y precisamente por no establecerse un plazo para su adecuado ejercicio dada su intrínseca naturaleza, careciendo por ello de la eficacia de la que se quiere investir por la recurrente, máxime cuando preténdese que la tenga no en un acto de enajenación voluntaria sino forzosa como es la vía de apremio procesalmente considerada». Como remite a la sentencia de la Audiencia, nosotros vamos a reproducir íntegramente su fundamento de derecho sexto por su gran interés:

«Aunque a los solos efectos dialécticos se mantuviera que el derecho de retracto convencional “sui generis” debatido en el presente pleito ostentara una naturaleza real, cabría preguntarse si el mismo puede ser ejercitado cuando la transmisión se produce por adjudicación judicial previa subasta. Para la concepción clásica más generalizada la respuesta a la cuestión enunciada no ofrece duda ninguna, pues, partiendo de una análoga conceptualización de ambas instituciones —compraventa y subasta judicial— se llega a la conclusión de que la eficacia de una y otra institución, a los efectos que nos interesan, es idéntica, procediendo, incluso en el caso de transmisión de la cosa por medio de una subasta judicial, el ejercicio de la acción de retracto. Sin embargo, desde una óptica científica más actualizada, se ha de discrepar de la anterior conclusión. Pensemos que ya en la época en la que fueron redactados nuestro Código Civil y la correspondiente Ley Adjetiva, época de la que procede la concepción unitaria de la materia, permanecían en la penumbra dos diferencias radicales entre uno y otro instituto —subasta y compraventa— cuales son, a saber, la fijación del precio de la cosa, que requiere una tasación pericial

(*) Debe tenerse en cuenta que la fecha del procedimiento ejecutivo es anterior a la reforma procesal operada con la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Esta reforma introduce novedades importantes en la subasta judicial: obligación del Registrador de comunicar a los titulares de los derechos inscritos, posteriores al del ejecutante, el estado de la ejecución para que puedan intervenir (Art. 1490 LEC); el acto de remate lo preside el Secretario judicial y no el Juez que lo aprueba posteriormente (Art. 1503 LEC); así, como se ha suprimido el requisito del otorgamiento de escritura, bastando para inscribir la adquisición en el Registro de la Propiedad, el testimonio expedido por el Secretario judicial con el visto bueno del juez (Art. 1514 LEC).

en la subasta, practicada por un tercero extraño a las partes, mientras que, en la compraventa, el precio es convenido libremente por ellas, y, además, el hecho de que en la subasta judicial no existe para el titular del órgano jurisdiccional la responsabilidad por saneamiento que atañe, conforme a lo dispuesto en el artículo 1474 del Código Civil, a cualquier vendedor.

Estas dos diferencias fundamentales patentizan algo más profundo que el distinto tratamiento legal entre una y otra institución. Ponen de relieve la diferencial naturaleza de ambas, si bien, en la época en la que se redactaron los cuerpos legales antes mencionados, la ciencia del derecho carecía de los instrumentos conceptuales suficientes para explicar satisfactoriamente tal diferencia, que estriba en el hecho de que mientras que la compraventa es un acto de autonomía de la libertad de las partes —un negocio jurídico— la subasta no lo es, sino que es un acto de naturaleza procesal. Baste para justificar la deficiente utilización de categorías jurídicas que se emplea por el legislador, la constatación de que si el concepto de negocio jurídico es de aparición relativamente tardía en el mundo del derecho, mucho más lo es la llegada a dicho mundo del concepto de acto procesal —de rabiosa coetaneidad—, del que la subasta judicial constituye una mera manifestación, en la cual la transmisión de la cosa no se opera negocialmente, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, potestad que queda sustraída en ciertos aspectos como el debatido, en el que se ejercita una facultad de retraer, a la virtualidad de tal ejercicio, sin que a lo dicho obste el hecho de que el procedimiento civil sea respetuoso con los legítimos derechos subjetivos de terceros sobre la cosa transmitida, y, v.gr. obligue a notificar a sus titulares la existencia del procedimiento de apremio, a fin de que puedan ejercitar sus derechos conforme a su contenido. Pero, en lo que nos atañe, se ha de decir que la radical diferencia entre las dos instituciones —compraventa y subasta judicial—, que, de paso, ha sido puesta de relieve timidamente en la última reforma legislativa efectuada en la ley hipotecaria —cuando dice que el titular del órgano jurisdiccional, en el otorgamiento de la escritura, no es representante del deudor—, hace que, en las transmisiones (nótese que, además, en la subasta judicial no existe una verdadera y propia transmisión del derecho en el sentido del derecho privado, pues ésta tiene un origen voluntario —en la voluntad del transmitente—, mientras que el procedimiento de apremio constituye, considerado en su conjunto, una serie de actos procesales tendentes a privar al deudor forzosamente —mediante un acto de la potestad jurisdiccional— de su derecho, todo ello con las debidas garantías procesales, por lo que entre ambas instituciones no existe analogía estructural alguna) de la propiedad operada mediante el acto procesal de la subasta —de derecho público— no exista

la facultad de retraer la cosa ante la inexistencia del precio (sustituido en el procedimiento por la tasación pericial previa a la licitación). Basta lo razonado para justificar la diferencia radical entre una y otra institución, aunque, a mayor abundamiento, se puede decir que otros efectos de la subasta, como es el derecho que ostenta a percibir el laudemio el enfiteuta, no deriva, en una interpretación actualizada de la Ley (artículo 3 del Código Civil), de la analogía de las instituciones traídas a examen, sino que tales efectos son consecuencia de una particular eficacia del acto de subasta, querida por el legislador, pues no cabe olvidar al respecto que, precisamente, la fuente primordial de las obligaciones, según nuestro Código Civil, es la Ley. En supuestos como el enunciado cabría hablar de una obligación impuesta «ex lege» que para nada enturbia la concepción de la subasta como acto procesal y, por tanto, de derecho público.»

La Audiencia considera que no cabe ejercitar el derecho de retracto durante la sustanciación de la subasta judicial porque, en primer lugar y como rasgo distintivo esencial, subasta y compraventa son instituciones de distinta naturaleza; y, en segundo lugar, porque no existe responsabilidad por saneamiento (art. 1474 CC) en la subasta a diferencia de la compraventa.

Antes de entrar a analizar el carácter de la subasta judicial, tengo que manifestar mi discrepancia con la Audiencia respecto a la segunda diferencia apuntada. De acuerdo con el art. 1489 CC, comprobamos que se excluye, claramente, la responsabilidad por daños y perjuicios pero no se excluye el saneamiento por vicios ocultos, del que responde el deudor como titular del bien subastado (28). El problema está en si también se entiende excluido el saneamiento por evicción.

Respecto de la primera diferencia, compraventa y subasta judicial son instituciones diferentes, he de señalar que estamos ante un problema jurídico espinoso y difícil. Nos encontramos con opiniones discrepantes en la doctrina. De un lado, los procesalistas, casi unánimemente, entienden que la subasta es un acto procesal y no una venta (es la posición

(28) *Vid.* en igual sentido, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», Barcelona, 1987, pp. 275 y 277; MORALES MORENO: «Comentario al artículo 1489», en Comentario del Código civil, I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 966 quien justifica la responsabilidad del saneamiento por vicios ocultos en que: «...la actuación judicial conduce, en definitiva, a una compraventa en la que puede intervenir o ser sustituido el deudor. La transmisión se produce del patrimonio del ejecutado al del rematante, y el precio obtenido sirve, a través del patrimonio del deudor, para pagar a los acreedores... Añádase otra razón: limitar las garantías para el comprador en las ventas judiciales tiene como efecto hacer menos realizables (o en peores condiciones) los bienes de los deudores...».

de la Audiencia). De otro, los civilistas, mayoritariamente, se inclinan por entender que estamos ante un contrato de venta forzosa del bien (29).

Adoptando una postura en el tema, considero que la subasta judicial tiene bastantes diferencias con la compraventa. La compraventa es un negocio jurídico, un contrato, en el que juega plenamente la autonomía de la voluntad y por el que el vendedor, en el momento de la celebración, se obliga a transmitir voluntariamente al comprador la propiedad de un bien a cambio de un precio acordado entre ambos. Si la consumación no es simultánea, el vendedor debe posteriormente, entregar al comprador la cosa vendida (traspaso de la posesión y del derecho de propiedad) y el comprador debe pagar el precio.

La subasta judicial no es un contrato entre vendedor (ejecutado) y comprador, al menos si lo concebimos como acuerdo de voluntades. El deudor no emite ningún consentimiento, ni acuerda con el adjudicatario la entrega de un bien a cambio de un precio. Lo que ocurre en este caso, es que el deudor ante el incumplimiento de una obligación, por mandato legal, se ve forzado legalmente a cumplir (art. 1098, 1.º Cc.) y para ello se embargan bienes con los que se pretende conseguir la cantidad dineraria suficiente para pagar al acreedor quien ha visto reconocido su derecho en una decisión judicial anterior, causa del procedimiento ejecutivo. En la subasta no cabe el juego del principio de autonomía privada puesto que es una figura de Derecho público, una fase de un procedimiento a través del cual se tiende a privar al deudor forzosamente de la propiedad del bien para pagar una deuda al acreedor ejecutante. Además, debe señalarse, ahondando en esta postura, que el juez no actúa como representante legal del ejecutado, ni está tutelando los intereses del acreedor. Su función, en esta fase del proceso, es asegurar la efectividad de una decisión judicial anterior que obliga al deudor a cumplir su obligación.

No obstante, hay semejanzas que permitirían concebir la subasta como un contrato forzoso de compraventa (30) impuesto por el órgano judicial al deudor, tal y como ordena la Ley (31), para reestablecer el equilibrio patrimonial de las partes contratantes roto como consecuencia del

(29) Una buena exposición de las diversas posturas sobre el tema puede verse en SOLCHAGA LOTTEGUI: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», Pamplona, 1986, pp. 68 y ss.; y, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», Barcelona, 1987, pp. 27 y ss.

(30) Tal y como señaló Díez-PICAZO: «Contratos forzosos», *ADC*, 1956-I, pp. 101, 108 y 112; los actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas son nuevas formas surgidas en el tráfico junto al contrato, de los que nace una relación idéntica esencialmente a la que puede originar un contrato, en los que sólo varía la fuente de producción: acto de creación voluntaria (contrato), acto de creación forzosa. Pero, la relación jurídica que de ellos surge y es consecuencia (compraventa) es en esencia la misma. En los actos forzosos, el acto de constitución es una manifestación de autoridad a la que el Derecho reconoce también eficacia vinculante. A través de ellos se intenta la realización del interés público, pero a la vez se trata de satisfacer un interés privado. En igual sentido, MORALES MORENO: «Comentario al art. 1489 del CC», en Comentario del Código Civil, 1, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 966 que entiende que la subasta es una venta judicial impuesta al deudor y en la que el vendedor se sustituye por la actuación del órgano judicial; USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», Barcelona, 1993, p. 64 quien ve en la subasta un contrato procesal de venta forzosa.

(31) Los contratos forzosos, como señala Díez-PICAZO: «Contratos forzosos», *cit.*, p. 116 son excepcionales y deben venir recogidos en la ley.

incumplimiento de éste (32). La Ley ordena al Juez que promueva la venta pública del bien del deudor sin posibilidad de que éste intervenga y aún contra su voluntad, y que adjudique la propiedad al mejor postor. Desde el punto de vista del adjudicatario, no hay duda de que es una compra voluntaria. Su participación voluntaria en la subasta, a través de la licitación, entraña una emisión de consentimiento contractual (33). Además, aprobado el remate por el juez a cambio del precio ofrecido, igual o superior al tipo base de la subasta, se perfecciona el contrato (34), el adjudicatario puede obtener la propiedad del bien una vez que se otorgue escritura de compraventa por el deudor o por el juez según el caso.

No obstante, a diferencia de la compraventa ordinaria del CC, el precio pagado por el adjudicatario no está fijado de común acuerdo entre él y el vendedor (juez) sino que el precio del bien subastado resulta del tipo de salida fijado para la subasta por el juez una vez que el bien es valorado pericialmente (35). Además, todas las condiciones del contrato, de la subasta, están fijadas previa y unilateralmente por el Juzgado de acuerdo con la ley, y se manifiestan en el anuncio de la subasta. Ello es consecuencia de la finalidad que se persigue a través de la venta judicial: Dar efectividad a una sentencia anterior satisfaciendo el derecho reconocido al acreedor. En este sentido, la subasta judicial podría considerarse como un contrato forzoso de adhesión (36).

No obstante la no intervención del titular del bien en la subasta, obligaría a hablar de compraventa con especialidades (37) en la que

(32) En contra, *vid.* por todos FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, pp. 46-47 y nota 140 quien entiende que a pesar de los múltiples puntos de contacto entre ambas figuras la subasta no se puede concebir como una modalidad de compraventa. Los puntos de contacto entre subasta y compraventa están motivados porque ambas pretenden regular una actividad humana básicamente idéntica: el intercambio de bienes. Pero, sus diferencias vienen dadas por la diversidad de circunstancias que en cada caso envuelven esa actividad común. Hay por ello distintos conjuntos normativos y en caso de laguna legal se puede acudir a la normativa de la compraventa para aportar criterios de solución por vía de analogía. FERNÁNDEZ MONTALVO/XIOL RÍUS: «Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del proceso civil», I, Valencia, 1992, p. 259; para quienes más que una compraventa es un supuesto de expropiación de la facultad dispositiva que normalmente corresponde; GOZÁLVEZ ESCOBAR: «El procedimiento de apremio», en *Estudios sobre Derecho procesal*, II, dirigidos por Díez-Picazo Giménez y Martínez Simancas y Sánchez, Madrid, 1996, pp. 1729-1730.

(33) *Vid.* en este sentido, DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», I, 4.ª ed., 1993, p. 301.

(34) *Vid.* en este sentido, DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos...», I, *cit.*, p. 301; FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, p. 186-187.

(35) El precio de tasación o avalúo es indispensable para que el órgano judicial pueda velar por los derechos del deudor y también por los derechos de los acreedores posteriores. *Vid.* USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», Barcelona, 1993, p. 143.

(36) *Vid.* en este sentido, USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», *cit.*, p. 65. En igual sentido, SSTS de 23 de octubre de 1980; 20 de septiembre de 1983; 16 de julio de 1984; 31 de enero de 1985.

(37) DÍEZ-PICAZO: «Contratos forzosos», *cit.*, p. 114-115 entiende que la subasta judicial como contrato forzoso de compraventa es un acto estatal, de Derecho público

la subasta sería la fase de perfeccionamiento o de celebración del contrato: fijación del precio y selección del comprador (38).

La especialidades continúan en la fase de consumación. En la compraventa ordinaria, el vendedor debe transmitir la propiedad del bien mediante la entrega de la cosa: traspaso posesorio e intención de transmitir la propiedad; y, responde del saneamiento por evicción y vicios ocultos, así como debe indemnizar daños y perjuicios si es de mala fe. En la subasta o venta judicial es necesario, según la Ley, un auto de adjudicación otorgado por el Juez. Tras él, la venta deviene irrevocable, se hace perfecta, pero aún no se ha transmitido la propiedad. Posteriormente, se notifica al deudor para que otorgue escritura pública y si no lo verifica la otorga el juez de oficio y con ello se transmite la propiedad al adjudicatario (art. 1462, 2.º CC). Tras la reforma de 1992 no es necesario el otorgamiento de escritura. La entrega se produce con la entrega del testimonio judicial unida a los títulos de pertenencia o propiedad. El otorgamiento de la escritura por el juez nos lleva a considerar que la transmisión de la propiedad al adjudicatario se produce por mandato legal, es decir, por voluntad de la Ley pues falta el ánimo de transmitir la propiedad por parte del deudor-propietario. Es una transmisión legal, prevista en el art. 609 CC, en la que el juez se limita a entregar la posesión y entrega los títulos justificativos de la adquisición (39).

En este tipo de transmisiones por subasta judicial, la ley excluye expresamente la indemnización por daños y perjuicios, puesto que se entiende por la mayoría de la doctrina que no puede haber culpa o mala fe de una persona que se ve constreñida en su voluntad (40) y menos aún por el juez. No obstante, entiendo que si bien esta será la situación normal, no se debe descartar en los casos en que el deudor actúa de mala fe y entrega bienes que no son de su propiedad. Pero no excluye el saneamiento por vicios ocultos de los que responde el deudor, por lo que el comprador tiene la acción redhibitoria y la acción «*quantum minoris*» (41).

El problema es si cabe responsabilidad por evicción y quién debe ser el responsable. La doctrina y la jurisprudencia no tienen una posi-

que origina una relación de derecho privado. Sería un acto heterónomo, pues un extraño a la relación es llamado por la ley para crearla. La voluntad es irrelevante, deja de ser parte integrante de la estructura del acto.

(38) *Vid.* en este sentido, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, p. 36 y 185.

(39) CARRERAS: «El embargo de bienes», Barcelona, 1957, p. 39 considera que el otorgamiento de escritura por el juez es una conducta fungible jurídicamente, pues este está autorizado para vender en sustitución del responsable.

(40) *Vid.* por todos, NAVARRO PÉREZ: «La compraventa civil», Granada, 1993, p. 584.

(41) Es aceptado por la mayoría de la doctrina. En contra, NAVARRO PÉREZ: «La compraventa civil», *cit.*, p. 584, quien atendiendo al Derecho francés e italiano no ve razón de obligar al deudor a tal saneamiento cuando se realiza una venta contra su voluntad y no ha hecho ofrecimiento de la cosa a nadie. Considera que el responsable debía ser el Juez pues debió certificarse sobre las condiciones de la cosa antes de proceder a la subasta.

ción clara al respecto. Desde el punto de vista del adjudicatario-adquirente es de justicia que si se ve privado, por sentencia judicial firme, pueda exigir responsabilidad. El problema se plantea al tratar de determinar el sujeto responsable. En la compraventa ordinaria, según el art. 1474 C.c., responde el vendedor. Conceptuando la subasta judicial como un contrato forzoso de compraventa se podría afirmar que responde el ejecutado, como titular del bien durante el proceso. El inconveniente de esta respuesta es que el ejecutado no es vendedor ni interviene en la subasta judicial, de manera que no contrae ninguna obligación ni puede ser responsable contractualmente por evicción. El adjudicatario se ve privado forzosamente de un bien como sanción al incumplimiento de una obligación anterior. De otra parte, tampoco puede afirmarse que el responsable sea el órgano judicial cuya misión es dar efectividad a una decisión judicial pero no actúa como representante legal ni como sustituto del vendedor, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE).

Estas afirmaciones nos llevan a negar la posibilidad de saneamiento por evicción en la subasta judicial. A su vez, unidas con todo lo anterior, nos permiten concluir que la subasta judicial es simplemente un acto procesal, una fase del procedimiento ejecutivo que tiene su propia normativa en la LEC. La subasta judicial no es un contrato porque falta la esencia misma de éste: el acuerdo de voluntades. No hay vendedor.

Nos queda sin resolver qué ocurre con el adjudicatario cuando se ve privado de la cosa. En mi opinión, el adjudicatario ha realizado una atribución patrimonial sin causa, por lo que puede ejercitar una acción de enriquecimiento injusto frente al deudor ejecutado que, en principio, es la persona que ha experimentado un enriquecimiento injusto (ha visto extinguida su deuda con el importe obtenido en la subasta de un bien ajeno). Si el adjudicatario solicita la restitución del importe abonado en la subasta se puede encontrar con dos posibilidades: 1.^a— que el deudor tenga bienes y pueda restituir, por lo que no se plantearía ningún problema; y 2.^a—, que el deudor sea insolvente. En este último caso, el adjudicatario puede dirigirse frente al acreedor ejecutante para obtener la restitución, porque el acreedor ha cobrado con el importe de la subasta de un bien ajeno a su deudor un crédito que de otra manera no podría haber satisfecho, es decir, un crédito de valor cero (42).

(42) Si el acreedor hubiese intentado ceder onerosamente su crédito, no habría conseguido su fin, porque nadie va a adquirir un crédito incobrable (frente a un deudor insolvente), aparte de su responsabilidad frente al cesionario, arts. 1529 y 1530 C.c.

Volviendo al tema de la sentencia comentada, nos queda definirnos sobre la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto en la subasta judicial. En mi opinión, el carácter forzoso de la enajenación del bien del ejecutado impide su posibilidad. Además, teniendo en cuenta la variación del tipo de licitación, admitir el ejercicio del retracto en ella podría suponer una posibilidad de defraudar a los acreedores en beneficio del retrayente por su derecho de adquisición preferente; y, un perjuicio para el deudor, que podría llegar a no cubrir el pago de su deuda con tal importe. El titular del retracto debe ejercitar su derecho después de la aprobación del remate (43), una vez perfeccionada la compraventa, siempre que tenga preferencia al embargo (44).

(43) En este sentido, *vid.* STS de 30 de octubre de 1989 (Art. 8268).

(44) En igual sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «La enajenación forzosa», Pamplona, 1966, pp. 138-139; FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio» *cit.*, pp. 237 y 238.

Doble venta. Venta de cosa ajena
(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 2 de julio de 1994) (*)

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I.— Hechos. II.— Fundamentos de Derecho. III.— Comentario: 1.— La no necesidad de instar la cancelación o nulidad de la inscripción correspondiente cuando se ejercita una tercera de dominio: 1.A.— La aplicación a la tercera de dominio del art. 38.2 Lh. 1.B.— Interpretación del art. 38.2 Lh. 2.— Presupuestos para aplicación del art. 1473 Cc: 2.A.— Un único vendedor. 2B.— Pluralidad de compradores e identidad del objeto vendido. 2C.— Contratos de compraventa separados, válidos y no consumados: 2C.1.— La doctrina y la jurisprudencia en tomo a estos requisitos. 2C.2.— Resolución del caso: A.— Doble venta. B.— Venta de cosa ajena. C.— Venta ineficaz por causa ilícita. 3.— Tercera de dominio: Estudio de sus requisitos.

I. HECHOS

Valentín y Arturo habían adquirido por compra un apartamento a la entidad «Primab, S.L.», quien figura en el Registro como titular de dicho inmueble. A su vez, estos condueños lo vendieron en documento privado de 29 de julio de 1979 a los cónyuges, Luis y María Teresa, quienes habían cumplido con la obligación de pagar el precio a los vendedores y, tras la entrega de las llaves, comenzaron a poseerlo pacíficamente a título de dueño Ninguna de las anteriores transmisiones fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

(*) *A mis padres.*

Poco tiempo después, «Primab, S.L.» vendió varios apartamentos, entre los cuales se encontraba el de los cónyuges, por escritura pública de 8 de noviembre de 1980 a la entidad «Mini-Chalets, S.A.», y en cuyo contrato de compraventa, actúa como representante de la entidad compradora, Valentín, es decir, uno de los condueños que habían vendido el apartamento a los cónyuges. Esta transmisión fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 8 de enero de 1981.

El apartamento fue objeto del embargo trabado por la Recaudación de Hacienda al deudor ejecutado «Mini-Chalets, S.A.», en 17 de mayo de 1987 anotado en el Registro de la Propiedad en 24 de mayo de 1987.

Ante este hecho, los cónyuges ejercitaron una tercería de dominio pretendiendo que se declarara que el apartamento embargado era suyo y, por consiguiente, se ordenase el alzamiento de dicho embargo.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia, el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Economía y Hacienda, interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 5 julio 1991, confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, de 21 de septiembre de 1989, en la que se estimó la demanda de tercería, promovida por don Luis C. A. y doña María Teresa Ll. I., en virtud de la cual, se declaró la propiedad de los actores, del apartamento embargado a que se contraen las actuaciones, ordenando el alzamiento de dicho embargo, desestimando así los recursos de apelación interpuestos por los codemandados, tanto el Abogado del Estado como la Generalidad, y se expone como línea decisoria, cuanto se resume: en el F. 1.º, se razona la legitimación del Abogado del Estado, en cuanto que la ostenta para impugnar el dominio del tercerista, pues en su posición procesal como codemandado, se pretende impugnar ese dominio por considerar prevalente el del también codemandado deudor ejecutado; «Mini Chalets, SA», igualmente con respecto a la incidencia acerca del artículo 38.2 LH (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732) que se ha sostenido en el litigio ya que el actor debía haber solicitado asimismo, la anulación del título registral del inmueble ejecutado, se razona cuanto sigue: «La jurisprudencia en la interpretación del precepto y así tanto de Sentencias de 27 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8697) o 3 de junio de 1989 (RJ 1989/4290), exponen que superando una anterior interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38.2 LH, que exigía el ejercicio previo, o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción

dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa, haciendo uso de un error u omisión en el suplico de la demanda de que se deniegue la petición respecto de la titularidad dominical [Sentencias de 5 de marzo, 6 de julio, 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987/3177, RJ 1987/5179 y RJ 1987/8644) y 23 de enero de 1989 (RJ 1989/115)]; en el F. 2.º, una vez rechazadas las excepciones procesales interpuestas y en cuanto al fondo del asunto, por lo que respecta al motivo primero de oposición, se afirma que el título del actor, basado en la adquisición por documento privado de 29 de julio de 1989, aun con la condición expresa de la intercalada reserva de dominio no obsta a que pueda instar la presente de tercería de dominio (aspecto que, por lo demás, deviene firme al no haber sido atacado en el presente recurso de casación); en el F. 3.º, en cuanto al segundo motivo de oposición del Abogado del Estado code mandado, de que se trata de una doble venta, y que, por lo tanto, la titularidad debe corresponder al deudor, ya que habiendo sido la cosa, doblemente vendida, la propiedad pertenece al adquirente que antes la había inscrito en el Registro; que la adquisición por parte del deudor ejecutado, se efectuó por escritura pública de 8 de noviembre de 1980, y está inscrita en el Registro en 8 de enero de 1981; y se hace constar por la Sala en el caso de autos, no es posible actuar bajo el criterio sancionador de la doble venta del citado artículo 1483, porque, literalmente, se afirma «...aun cuando se acogiera la tesis expuesta por el Abogado del Estado de que «Primab, S.L.» había vendido a Valentín P. de C. y Arturo L. C. (de quienes derivaría el dominio en las terceristas), y que posteriormente aquella sociedad había transmitido el mismo bien a la Sociedad Anónima «Mini-Chalets», que fue quien inscribió en el Registro, no puede olvidarse que el artículo 1473 ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe prescrita en el párrafo primero, por no poderse entender que el legislador haya querido borrar y sancionar la mala sólo por el cumplimiento de una mera formalidad que ni en las verdaderas cuestiones entre terceros prevalece en determinados casos [Sentencias de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928, 31 de octubre de 1929 y 11 de febrero de 1946 (RJ 1946/120)]; buena fe, que obviamente se hallará ausente en el supuesto litigioso toda vez que fue el

mismo Valentín P. quien como representante de «Mini-Chalets, SA» concurrió al otorgamiento de la escritura pública, en la que consta la transmisión de «Primab, S.L.», a favor de esta sociedad, por lo que la controversia se resolvería a favor de los terceristas, primeros en la posesión y ostentación de títulos de fecha más antigua»; en el F. 4.º, se rechaza igualmente, por las razones que se indican el recurso de apelación de la Generalidad, que también deviene firme al no haber sido recurrida dicha sentencia, por ese Organismo Público. Frente a cuya decisión, se interpone por el Abogado del Estado, el presente recurso de casación, con arreglo a los motivos que integran su escrito de formalización, y que son objeto de examen por la Sala.

SEGUNDO.— La Sala antes de examinar los motivos del recurso, establece como antecedentes del litigio no cuestionados por las partes, los siguientes: 1.º) los actores adquieren por documento privado de 29 de julio de 1979, el apartamento que fue objeto del embargo trabado por la Recaudación de Hacienda al deudor ejecutado «Mini-Chalets, SA», en 17 de mayo de 1987 anotado en el Registro de la Propiedad en 24 de marzo de 1987, en cuyo documento privado (folios 6 y ss.), se hace constar que los consortes actores, adquieren el apartamento en cuestión, de don Valentín P. de C. y don Arturo L. C., con las circunstancias personales que se hacen constar, los cuales afirman son propietarios de varios apartamentos, del edificio Ester antes Garbi, adquiridos por compra a «Primab, S.L.», domiciliada en el Paseo Marítimo s/n de Malgrat del Mar; se estipulan las condiciones del pago del precio; igualmente aparece intercalada, la cláusula de reserva de dominio, entrando los compradores en la posesión como tales usuarios del piso a seguido y tras la entrega de las llaves; habiéndose acreditado que todas las condiciones de pago aplazadas mediante la suscripción de las respectivas cambiales, están debidamente satisfechas, así como, la posesión pacífica en dicho apartamento por parte de los actores; 2.º) con posterioridad, por escritura pública de 8 de noviembre de 1980 —folios 216 a 248—, se procede a la venta por la citada entidad «Primab, S.L.», de varios apartamentos, entre los que se encuentra el susodicho, de los actores, a la entidad (la deudora ejecutora y demandada) «Mini-Chalets, S.A.» y en cuyo contrato de compraventa, actúa en nombre de la entidad compradora, don Valentín P. de C., esto es, la misma persona que en el contrato anterior había actuado junto a otra, como vendedora; dicha escritura pública, aparece inscrita en el Registro en 8 de enero de 1981, sin que, por el contrario, la precedente adquisición de 29 de julio de 1979 está inscrita en el Registro, por cuanto que cuando se procedió a verificarlo, existía ya la susodicha inscripción.

TERCERO.— En el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, se plantean los siguientes motivos de discrepancia, con la sentencia recurrida, que se examinan seguidamente: en el primer motivo, se denuncia la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado a los señores P. y L., que fueron los vendedores del citado apartamento, en el documento privado de 29 de julio de 1979, el motivo no puede prosperar, porque, aparte de que su planteamiento integra una «res nova», cualquiera que sea la intervención que tuvieron dichas personas, en la primitiva compraventa de 29 de julio de 1979, en nada afecta a la relación jurídica procesal, que ha de trabarse en el seguimiento judicial de toda tercería de dominio, que como es sabido, se debe plantear entre la persona que como actor manifiesta ostentar un mejor dominio a la cosa embargada, frente a los codemandados o en relación con el ejecutante embargante, y el deudor ejecutado embargado del procedimiento, por lo que, el motivo ha de rehusarse. En el segundo motivo, se denuncia al amparo del número 5 del artículo 1692 LECiv, el defecto de no haber instado los actores, la previa declaración de nulidad del asiento registral contradictorio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que el dominio sobre citado apartamento que ostenta la deudora «Mini-Chalets, S.A.», en virtud de la repetida escritura pública de 8 de noviembre de 1980, está inscrito en el Registro, en 8 de enero de 1981; y tampoco el motivo es de recibo, ya que, como se razona en el F. 1.º de la sentencia recurrida y según constante jurisprudencia que se cita en ese Fundamento jurídico y que por conocida huelga enumerar [entre ellas la Sentencia de 6 de junio de 1989 (RJ 1989/4300)], si se esgrime por el tercerista un mejor dominio del aducido, en su caso, en el procedimiento ejecutivo, por el deudor embargado, y que precisamente, fue la causa o razón de ese embargo por haberse demostrado que era el dueño del bien objeto de la traba aquel deudor, es obvio que en la pretensión del tercerista de sobreponer su titularidad a la del deudor ejecutado, se está ya dentro del derecho sustantivo, aspirando a una declaración de su mejor dominio, lo cual, naturalmente, llevará consigo, si prevalece aquella pretensión, en la proyección aniquiladora de la constancia registral del derecho así vencido cuya verdad sólo opera «iuris tantum», que deberá, naturalmente, decaer, sin que se precise pues, una acción autónoma o concurrente, instando asimismo, que se declare la nulidad de repetido título inscrito. En el tercer motivo, se denuncia lo dispuesto en el artículo 359 LECiv, por la misma línea jurídica del número 5 del artículo 1692; e igualmente se manifiesta que la incongruencia proviene porque los demandantes de la tercería de dominio, en ningún momento ejercitaron la acción instando la nulidad o

cancelación de los asientos registrales, por lo que, al derivar el pronunciamiento, en cuanto a sus efectos, en la nulidad de tal título inscrito, se ha producido esa incongruencia porque —se repite— que en el «petitum» no se pidió expresamente tal declaración de nulidad.

Tampoco el motivo es de recibo, simplemente, porque en la parte dispositiva, expresamente tampoco se declara la nulidad de la referida inscripción, con independencia de que los efectos naturales aplicatorios de la nulidad del título, deriven esas consecuencias al socaire de la doctrina expuesta en el motivo anterior. En el cuarto motivo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 1225 y 1218 CC, pues la sentencia que se recurre, «desconoce» el valor probatorio del documento privado de formalización del contrato de compraventa de 29 de julio de 1979, al «desconocer» el carácter de los señores P. y L., como tales vendedoras con las consecuencias que se derivan; lo cual tampoco es de recibo, ya que, la «ratio decidendi» de la sentencia recurrida, en su F. 3.º, transcrito parte, incluso de la contemplación hipotética de la oposición del Abogado del Estado, en el sentido de que hasta acogiendo la tesis del mismo, de que «Primab, S.L.», había vendido a Valentín P. y Arturo L., el apartamento en cuestión, y de los cuales, derivaría el dominio de los terceristas (lo cual, efectivamente así acontece, por cuanto que en dicho documento de 29 de julio de 1979, aparece que la propiedad de los vendedores transmisores, proviene de su previa adquisición de la entidad «Primab, S.L.») no cabe tutela al derecho de los demandados, por lo que el motivo ha de rehusarse. En el quinto motivo, se denuncia al amparo del 1692 número 4.º, la declaración de la sentencia de que no aparece acreditado que los vendedores actuaron en su propio nombre y derecho, y, que por lo tanto, resulta acreditada su mala fe, lo que incide en manifiesto error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador; insistiendo, asimismo, que habida cuenta el contenido del documento privado de compraventa, que se ha hecho mención, quienes actuaron como tales vendedores, fueron los susodichos señores P. y L. El motivo también debe rehusarse, porque es irrelevante la denuncia que hace, y que se reconduce a lo razonado en el motivo jurídico anterior. En el sexto motivo, se denuncia al amparo del extinto número 4 del artículo 1692 LECiv, la infracción en que ha incurrido la sentencia, al negar la existencia de la doble venta de la finca objeto de la tercería, pues, incurre en un error de la apreciación de la prueba, ya que, sobre tal apartamento existió una doble venta, la primera efectuada en documento privado de 29 de julio de 1979 a favor de los demandantes, por los señores P. y L., y, la segunda, en

escritura pública de 8 de noviembre de 1980, por la sociedad «Primab, S.L.», a favor de la sociedad deudora «Mini-Chalets, S.A.», lo que se deriva de los documentos que cita. El motivo, en cuanto que tiene una evidente proyección en el tratamiento jurídico que se hace en el siguiente, será, objeto de consideración en el mismo, pues, con independencia que existieren esas dos transmisiones, ello no obsta, a que el fenómeno negocial, deba calificarse, por cuanto luego se razona, de un supuesto de hecho de doble venta, que subsume repetido artículo 1473, por lo que asimismo, el motivo ha de rehusarse. En el séptimo motivo, se denuncia por la vía jurídica del antiguo número 5 del artículo 1692 LECiv la infracción del citado artículo 1473; y en su desarrollo se afirma que por la sentencia se ha considerado prevalente la primera compraventa, por cuanto, que se ha identificado la actuación del primitivo vendedor —señor P.—, y posterior adquirente del mismo apartamento, en su representación de «Mini-Chalets, S.A.», como una conducta indicativa de su mala fe, y, que los aspectos de buena o mala fe, no influyen en el supuesto de hecho de la doble venta, cuando se trata de bienes inmuebles, ya que este precepto establece, como elemento decisor de la prevalencia, lo atinente a favor del comprador que primero haya inscrito su derecho en el Registro, tal y como ha acontecido con respecto a la titularidad del deudor ejecutado. El motivo tampoco ha de prosperar, porque, aun cuando no quepa sostener el juego de la institución de la buena o mala fe, para dirimir un supuesto de doble venta de inmuebles, según la recta hermenéutica de susodicho artículo 1473, tampoco —aunque sea por otros argumentos—, se puede sostener la tesis del motivo, de que por la existencia de ambas transmisiones —que se reconocen existentes—, efectivamente se está en la órbita de esa doble venta del apartamento embargado, ya que, en razón a que la primera compraventa en documento privado de 29 de julio de 1979, según se ha constatado al transcribir los precitados antecedentes, se verificó en tiempo sustancialmente anterior, habiendo satisfecho por parte del comprador, todas sus condiciones, y entrado en posesión del apartamento en cuestión (y, sin perjuicio de la cláusula de reserva de dominio, que, aparte de desaparecer tras la observancia del pago aplazado, y sin, que por lo demás, en caso alguno, el recurso se trate de apoyar en la existencia de ese pacto condicional) ha de sostenerse que cuando se verifica la posterior venta en 8 de noviembre de 1980, casi al año y medio de la primera en escritura pública, al mantener ese precedente su vigencia, no se está en un caso de doble venta, que, como suele acontecer dentro de la lógica negocial, acaece por lo general cuando, ambas transmisiones son más o menos próximas en el tiempo, pero no como cuando, en autos, la primitiva data de

ese tiempo tan anterior, y está vigente, y está el comprador en su plenitud jurídica, y disfrutando con normalidad del objeto de su compraventa; por lo que, la posterior venta en 8 de noviembre de 1980, es una venta indebida que, en caso alguno, puede entrar en colisión con la primitiva, a los fines de la proyección del repetido artículo 1473; todo ello, siguiendo una doctrina reiterada, entre ellas Sentencia de 3 de marzo de 1994 (RJ 1994/1647), que dice: «no hay por qué plantearse el conflicto con la segunda y especular sobre la dación de una doble venta que dirime repetido artículo 1473, sino concluir en la ineficacia de la segunda, de suyo, irregular y condenable en términos análogos a las que, en supuestos semejantes, expuso la Sala en Sentencias de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7414) «Aunque el razonamiento de la Sala de instancia, según el cual se está ante una doble venta regulada en el artículo 1473 CC, es sumamente discutible en un supuesto en que ya se había transmitido la propiedad a los primeros compradores [Sentencia de 7 de abril de 1971 (RJ 1971/2272)]»; y 11 de abril de 1992 (RJ 1992/3096). «La tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1473 CC, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto [Sentencias de 23 de junio de 1951 (RJ 1951/1882), 23 de mayo de 1955 (RJ 1955/1708), 7 de abril de 1971 (RJ 1971/2272) y 30 de junio de 1986 (RJ 1986/4403)]»; por lo que el motivo ha de rehusarse. En el octavo motivo, se denuncia la infracción del artículo 348, párrafo 1.º CC, pues en la acción de tercería de dominio, precisamente por sus connotaciones con la acción reivindicatoria, es preciso que el actor acredite, no solamente la identidad de la finca, sino hallarse en poder y posesión del tercero, y, sobre todo, que demuestre de forma cumplida y terminante el título de propiedad que afirma. Tampoco el motivo es de recibo, ya que, al margen de que en la parte dispositiva de la sentencia que se confirma, se haya declarado la propiedad sobre la finca embargada del tercerista, es sabido, que las diferencias existentes dentro de la técnica jurídica, entre la acción del tercerista de dominio con la reivindicatoria, derivan en que no se precisa que la pretensión aspire «sine qua non» a que se declare el dominio, sino, en puridad, a que se alce el embargo reiterando cuanto se decía al punto en Sentencia de 16 de julio de 1993 (RJ 1993/6450) «...no cabe equiparar ni identificar, como se

sostiene en el recurso, la acción reivindicatoria a la tercería de dominio, sin que ello implique que se nieguen las coincidencias y analogías que tienen ambas; pero que difieren en sus finalidades principales, pues la reivindicatoria tiende a recuperar la cosa sobre la que se proyecta para integrarla efectivamente en el haber dominical del que la ejercita con éxito; en cambio, la acción de tercería de dominio no produce propios efectos recuperatorios, se trata de una acción meramente declarativa frente al ejecutante, en la que la liberación del embargo decretado judicialmente [*sic*], conforme reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, suficientemente reiterada y conocida», y en cuanto a la probanza del Título se decía en Sentencia de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993/3463): «...el artículo 1537 dispone que: «con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso»; precepto que siguiendo la misma línea admonitoria del artículo 504.2 LECiv, añade el elemento sancionador de no dar curso a la demanda. La doctrina y la jurisprudencia han venido desde antiguo estableciendo, y con ello realizaban una función hermenéutica del precepto, que el citado artículo tiene un carácter meramente procedimental, y se concreta en fijar un requisito o exigencia procesal, para que sean viables y logren estas demandas su admisión a trámite, demandando la presentación del título en que se funden, pero sin otro alcance que el de un presupuesto de admisibilidad; no estableciéndose por consiguiente, que deje de admitirse la demanda cuando no se presente el título, sino solamente que no se le dé curso, lo cual significa que ha de quedar en suspenso su admisión hasta que se presente el título o documento en que se funde [Sentencias de 15 de diciembre de 1985, 25 de mayo de 1946 (RJ 1946/571), 5 de octubre de 1972 (RJ 1972/3914) y 27 de febrero de 1983]. Y por lo que respecta al título también la doctrina es clara en sus pronunciamientos: la titulación constará en un documento público o privado, o en la apariencia y en la posesión para los bienes muebles, bastando que el interesado la considere apropiada a su pretensión para que el Juez deba admitirla y dar curso a la demanda, sin que le sea lícito apreciar su validez y eficacia en ese estado del juicio, porque sería prejuzgar la cuestión que ha de resolver en la sentencia...», además de lo cual y por todo lo anteriormente razonando, es evidente que, de sobra, han existido elementos probatorios integradores de la convicción de la Sala de que, en el litigio, el tercerista es titular dominical del apartamento embargado, con base al repetido contrato de adquisición de 29 de julio de 1979, por lo que, el motivo ha de rehusarse, y con ello el recurso, con las demás consecuencias derivadas.

III. COMENTARIO

De la lectura de esta sentencia se deduce que son tres los problemas que deben tenerse en cuenta. El primero de ellos se refiere a si el art. 38.2 Lh. es aplicable en la acción de tercería de dominio y, en caso afirmativo, la interpretación de la citada disposición. El segundo consiste en determinar cómo se resuelve el conflicto surgido entre los dos compradores, es decir, si resulta o no aplicable el art. 1473 Cc. Y por último, los requisitos necesarios para que prospere una tercería de dominio.

1. La no necesidad de instar la cancelación o nulidad de la inscripción correspondiente cuando se ejercita una tercería de dominio

El primero de los problemas que conviene prestar atención en el comentario de la sentencia que nos ocupa, es el que surge acerca de si el párrafo segundo del art. 38 Lh. será aplicable en aquellos casos en que los actores interpusieron una demanda de tercería de dominio, sosteniendo que eran dueños del inmueble embargado. En caso afirmativo, la nueva cuestión fundamental se refiere a la interpretación que había que dar al citado precepto (1).

1.A.— *La aplicación a la tercería de dominio del art. 38. 2 Lh.:*

Por lo que se refiere a la primera cuestión, hay que señalar que el art. 38.2 Lh únicamente entra en juego al ejercitar una acción contradictoria del dominio de los inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, parece que ha de considerarse por tal acción contradictoria a toda acción real «cuyo resultado sea la fijación de una situación jurídica conciliable con la que en el Registro aparezca, esto es, una acción que exige la desaparición o pérdida de vigencia de la inscripción o asiento que en el registro existía con anterioridad» (2). De lo expuesto se sigue que la tercería de dominio es una acción contradictoria y, por tanto, este caso entra en el ámbito del art. 38.2 Lh., que dispone lo siguiente: «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente no podrá ejercitar-

(1) Acerca del art. 38 Lh. puede consultarse: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983, p. 441 ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1985, p. 326; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T.I, Madrid, 1994, p. 285 ss.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, p. 250 ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980.

(2) DÍEZ-PICAZO, *Fundamento ...cit.*, p. 442. Vid. también, CHICO, *ob. cit.*, p. 285.

se ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente exprese la Ley cuando haya de perjudicar a tercero».

1.B.— *Interpretación del art. 38.2 Lh.*

Del propio texto del precepto legal transcrito resulta no sólo que, para entablar una acción contradictoria del dominio inscrito, es presupuesto imprescindible el ejercicio de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, es decir, la acción de rectificación; sino que también fija el tiempo que puede interponerse judicialmente la acción de rectificación, bien antes o bien juntamente con la acción contradictoria, de no hacerlo así, no puede pretenderse ejercerla después y, por ello, el resultado que se produce es la desestimación de la acción contradictoria, exclusivamente, como dice DÍEZ-PICAZO, por la falta de un presupuesto procesal (3). CHICO dice que «mientras no se ataque a la misma -se refiere a la inscripción- existe un obstáculo para la decisión judicial, pues los asientos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud conforme a lo que dispone el art. 1.º,3.º de la Lh.» (4).

Basta leer la sentencia para darse cuenta de que esta interpretación literal es la postura acogida por la parte recurrente, pues señala que no está en este caso ejercitada la acción de rectificación por los actores, y tal acción es indispensable con arreglo al art. 38.2 Lh.; en cambio, el Tribunal Supremo no comparte esta interpretación.

La misma sentencia ha destacado con claridad que la finalidad que con la tercería se quiere alcanzar es sobreponer la titularidad del tercerista a la del deudor ejecutado dentro del derecho sustantivo, una declaración judicial de su mejor dominio, cuya consecuencia inevitable es que, arrancando de la base de que la tercería triunfa, el asiento registral del derecho así vencido queda aniquilado, pues la presunción de exactitud, es una presunción *iuris tantum*, sin que sea necesario una acción autónoma o concurrente, instando que se declare la nulidad del citado asiento registral.

(3) *Fundamentos...*, cit., p. 442.

(4) CHICO, *ob. cit.*, p. 286. En este sentido se manifestó una antigua doctrina jurisprudencial, las SSTs de 17 de enero de 1889, 7 de diciembre de 1904, 1 de diciembre de 1947, 29 de noviembre de 1961, 6 de marzo de 1962, 15 de noviembre de 1962, 21 de mayo de 1963, 3 de mayo de 1966, 2 de octubre de 1971, 7 de abril de 1981, 7 de diciembre de 1982 y 22 de abril de 1983.

Razonando así, el TS ha recogido una doctrina jurisprudencial constante. La sentencia de 27 de noviembre de 1987 había dicho que la exigencia del art. 38.2 Lh. es innecesaria «cuando, aún ejercitándose una acción contradictoria del dominio, ambas partes litigantes derivan sus derechos de documento y títulos diferentes que ninguna relación o dependencia guardan entre sí, y porque de declararse en caso de preferencia la de uno sobre la del otro, anterior la del demandante, la nulidad de la de su adversario constituye la consecuencia implícita o indispensable de la acción ejercitada».

Por su parte, la sentencia de 3 de junio de 1989 había dicho que «superando la anterior interpretación rigorista del precepto ... se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa, haciendo uso de una interpretación acomodada al art. 3. 1 Cc., de que por razón de un error u omisión en el suplico de la demanda, se inadmita ésta, y por tanto, se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical» (5).

En conclusión, quien ejercita una acción contradictoria, goza de libertad para optar entre:

- a) ejercer una acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral. El ejercicio de tal acción puede ser bien antes o al tiempo con la acción contradictoria, tal como dispone el art. 38.2 Lh., o bien en el escrito de réplica (6).
- b) no ejercer la acción de cancelación o nulidad del asiento registral.

La duda puede plantearse en torno a si el TS puede realizar una interpretación como la indicada, cuyo resultado práctico es que el art. 38.2 Lh. queda vacío de contenido, es decir, la cuestión a plantearse es si la jurisprudencia puede cancelar una norma.

(5) En esta línea podemos citar las SSTs de 10 de noviembre de 1994, 30 de septiembre de 1992, 23 de enero, 3 y 6 de junio, 24 de abril y 30 de octubre de 1989, 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 16 de junio y 10 de julio de 1984, 19 de febrero de 1970, entre otras.

(6) La sentencia 24 de noviembre de 1987 dijo que el art. 548 LECiv. con la «modificación posterior de 1881, más acorde con la realidad práctica y consciente de los principios de eventualidad y economía procesal, añadió un segundo párrafo, permitiendo que en los últimos estadios y escritos del período de alegaciones se pudieran ampliar, adicionar o modificar las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito», por ello señaló que en el caso concreto «omitió toda referencia a la cancelación o nulidad de la inscripción, advertida la omisión por el demandado, fue el actor quien adicionó la petición registral con lo que quedó subsanada la falta al hacer uso de la facultad otorgada por el art. 548.2 LECiv».

2. Presupuestos para la aplicación del art. 1473 Cc

Otra cuestión que el pleito planteaba era la aplicabilidad del art. 1473 Cc. al caso. La Audiencia Provincial de Barcelona negó la existencia de la doble venta, apreciación que fue combatida por los recurrentes, alegando un error en la apreciación de la prueba y la infracción del art. 1473 Cc, porque existió una doble venta, la primera efectuada en documento privado de 26 de julio de 1979 y la segunda en escritura pública de 8 de noviembre de 1980 que aparece inscrita en el Registro en 8 de enero de 1981. Sin embargo, el TS declara no haber lugar al recurso.

El problema planteado se ciñe a la interpretación del art. 1473 Cc, es decir, como punto de partida conviene determinar el supuesto de hecho del precepto, para llegar al convencimiento de si es o no procedente aplicar la norma en la solución del caso concreto.

El art. 1473 Cc dispone que «si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores y fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro».

La generalidad de la doctrina entiende acerca del supuesto de hecho que provoca la aplicación del precepto, lo que expresan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN de la siguiente manera: «el supuesto de hecho del art. 1473 lo constituyen dos o más contratos de compraventa celebrados por un mismo vendedor con diferentes compradores cuando es dueño de la cosa» (7). A continuación paso a estudiar cada uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho:

2.A.— *Un único vendedor.*

El primer elemento que integra el supuesto de hecho, se refiere a que la pluralidad de enajenaciones de un bien son realizadas por voluntad de un único vendedor. La parte vendedora debe ser la misma, lo

(7) *Sistema...*, cit., vol. II, p. 307. Vid. también DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, T. I, p. 186 y T. II, p. 25 y 200 ss.; CARRIÓN OLMOS, «Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», en CCJC, 1994, n.º 29, p. 494 ss.; ALBALADEJO, *Pluralidad de ventas de una misma cosa*, en «Estudios Batlle Vázquez», Madrid, 1978, p. 19 ss. y *Derecho civil*, T.II, vol. segundo, Barcelona, 1982, p. 79 ss.; MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, p. 37 ss. y 315; GARCÍA CANTERO, *Comentario del Código civil*, T. II, art. 1473 Cc, Madrid, 1993, p. 930 ss. y también en *Comentario Edersa*, T. XIX, art. 1473 Cc., p. 248 ss.; PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p. 11 y 89; SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, T. IV, Madrid, 1973, p. 67 ss.

Sin embargo, el siguiente autor expone el supuesto de hecho de forma diferente: RUBIO GARRIDO, «Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», en ADC, 1994, XLVII, III, p. 277 ss. y en *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.

cual no significa que esté integrado por un único sujeto, sino que es posible que una pluralidad de personas vendan conjuntamente el bien indiviso, cuando la titularidad corresponde a varios sujetos, en cuyo caso hay cotitularidad (8).

En el supuesto contemplado en este pleito lo que había era una sociedad «Primab S.L.» que vendió a Valentín y Arturo un apartamento y, poco tiempo después, estos condueños lo vendieron a los actores . Más tarde, «Primab S.L.» vendió el apartamento a la sociedad «Mini Chalets, S.A.», otorgó a su favor escritura pública de compraventa, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

En cada caso, para comprobar si concurre el requisito referente a la unidad de vendedor, necesariamente requiere antes cerciorarse de cuáles son los contratos que dan lugar al conflicto entre los compradores. Por razón de los contratos se constituye, entonces, a favor de los compradores una expectativa razonable de considerarse titulares legítimos del bien. Encontrados los contratos, habrá que indagar el dato de quién es el vendedor.

A tenor de lo dicho, en el caso concreto nos fijamos aquí en aquellos contratos de compraventa en donde uno de los contratantes sean los actores o «Mini Chalets, S.A.», descartando los demás, en consonancia con la apreciación de que el enfrentamiento por la titularidad del bien se produce entre ellos. La determinación de quien es la parte vendedora de cada contrato, sirve para descubrir que los contratos no proceden de una misma persona, por cuanto que existe en realidad dos vendedores, de una parte el vendedor es «Primab, S.L.», mientras que por otra es Valentín y Arturo. La consecuencia que ello conduce es que falta, en la realidad, el concurso de un requisito indispensable para que se aplique el art. 1473 Cc.

En realidad, el planteamiento más adecuado en el terreno práctico no es el expuesto, porque conduce a resultados que pugnan con el comercio, en cuanto desconoce que a partir de la celebración del primer contrato hasta que surja el conflicto, podemos encontrarlos, como sucede en este caso, con la posibilidad de que algún comprador haya enajenado a otra persona.

Uno de estos casos es el del pleito, «Primab, S.L.», quien figura en el Registro como titular del apartamento, ha transmitido por compraventa el inmueble a Valentín y Arturo, quienes han vendido, a su vez, a los actores. El problema se plantea cuando, con posterioridad a esta última transmisión, «Primab, S.L.», quien continúa subsistiendo como titular registral, ha vendido a «Mini Chalets, S.A.» el mismo bien.

Evidentemente resulta insostenible decir que no hay un único vendedor, como consecuencia de un hecho previo al nacimiento del conflicto, el que una de las ventas del vendedor-propietario iba seguida de

(8) Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 307; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 11; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 31.

otra hecha por el comprador a un tercero. Esta consecuencia resulta absurda en cuanto que es inconcebible que un comprador no pueda transmitir sus bienes.

Parece, pues, que conviene precisar el significado de la expresión «vendedor único». DÍEZ-PICAZO (9) entiende que el requisito de un mismo vendedor no concurre cuando «los vendedores son personas sin ninguna relación entre sí»; por el contrario, si concurre «cuando distintos vendedores, aun siendo personas físicas diversas, se encuentran ligados entre sí por lazos que relaciona a un causante con un causahabiente». Ilustra esta idea con diversos ejemplos, de los cuales uno coincide con el caso que comentamos, en los que sería aplicable el art. 1473 Cc.

Así opina también RUBIO GARRIDO (10), para quien es imprescindible que las dos o más líneas adquisitivas de un bien inmueble partan de un mismo punto, el dueño de la cosa, para que se de la doble venta.

Por tanto, la doctrina precisa el significado de la expresión «vendedor único» para evitar equívocos, la exigencia de semejante requisito se refería a que el conflicto entre, por lo menos, dos adquirentes de un mismo bien, surge como consecuencia de los actos de enajenación llevados a cabo por una sola persona. Así pues, se puede llegar a la conclusión de que el camino a seguir es averiguar si el origen de las líneas adquisitivas en contradicción resulta ser común, es decir, tienen todas ellas su nacimiento en un mismo vendedor; en cambio, no es decisivo que los adquirentes hayan adquirido a diversos vendedores, porque hay que tener en cuenta las enajenaciones que, por obra de cualquier comprador, hayan podido tener lugar durante la época que va desde la celebración de la primera venta hasta que surge el conflicto.

2.B.— *Pluralidad de compradores e identidad del objeto vendido.*

En cuanto a la pluralidad de partes compradoras, segundo elemento del supuesto de hecho del art. 1473 Cc., resulta claro, de acuerdo con los hechos, que se trata de dos compradores heterogéneos, en un caso los actores, Luis y María Teresa, y en el otro la entidad «Mini-Chalets, S.A.».

Por lo que se refiere a la identidad del objeto vendido, tampoco cabe ninguna duda que se trata del mismo apartamento (11).

(9) DÍEZ-PICAZO, *Estudios...*, cit., T. 2, p. 200.

(10) RUBIO, *La doble...*, cit., p. 21.

(11) Vid. CARRIÓN, *com. cit.*, p. 502; JORDANO, *com. cit.*, p. 1356, PETIT, *ob. cit.*, p. 11 y 90; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 930; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 307; MOLINA, *ob. cit.*, p. 79; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 79.

2.C.— *Contratos de compraventa separados, válidos y no consumados.*

2.C.1.— La doctrina y la jurisprudencia en torno a estos requisitos.

La doctrina y la jurisprudencia exigen, como otro elemento del supuesto de hecho del art. 1473 Cc., que los contratos de compraventa, de una parte, sean separados. El conflicto es inconcebible cuando las ventas son simultáneas, en cuanto que hay una parte adquirente a pesar de ser varios compradores, y se produce una situación de comunidad. En consecuencia, en tales casos no procederá aplicar el precepto (12).

Por otro lado, exigen la validez de los contratos en conflicto. La norma del art. 1473 Cc. no es aplicable en un conflicto de dos contratos de compraventa, cuando uno de los cuales es nulo o es anulable, porque, en tales circunstancias, el choque se resuelve en favor del contrato válido (13). Completando lo antes apuntado, debe advertirse que el caso del contrato anulable no es aquel en el que la causa de anulación afecta a la parte compradora, sino sólo cuando afecta a la parte vendedora, y, además, ésta impugna el contrato. La explicación es muy sencilla, cuando la causa de anulación afecta a la parte compradora, en el momento que éste litiga para obtener la propiedad de la cosa vendida, se produce una confirmación tácita del negocio jurídico anulable (14).

Para que haya conflicto entre dos compradores por la propiedad de un bien, tiene que haber dos contratos válidos y no lo hay, en modo alguno, cuando se produce tanto la declaración de nulidad como de anulabilidad de un contrato, el cual queda privado de todo efecto, no se producirá la transmisión del derecho, ni tampoco su adquisición a título originario. Parece evidente, que la posición del comprador del contrato válido no se confunde con nadie, y no hay un problema de prevalencia entre contratos.

(12) Vid. ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 80 ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema, cit.*, p. 307 CARRIÓN, *ob. cit.*, p. 502; PETIT, *ob. cit.*, p. 11; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 931.

(13) Vid. los autores citados en la nota anterior. De modo particular MOLINA, *ob. cit.*, p. 43, dice «que las compraventas en pugna tienen que ser válidas, está fuera de toda duda. Por razonamiento obvio la compraventa viciada, la que adolezca de nulidad no puede reputarse de tal, y si no produce efectos positivos en sí, menos puede decirse que pueda producirlos respecto de otra», y examina después las STS de 24 de noviembre de 1956 y 23 de junio de 1951. Vid. también la p. 316 de la citada obra. En esta línea, GARCÍA CANTERO, *Comentario..., cit.*, 1993, p. 931 señala que las compraventas en confrontación deben reunir los requisitos exigidos por el art. 1261 para su validez, y, en consecuencia, no se aplica el art. 1473 Cc. en aquellos casos en que el contrato es bien simulado, o bien inexistente por falta de objeto.

(14) Vid. PETIT, *ob. cit.*, p. 12, señala que el conflicto que surge entre un contrato válido y un contrato nulo «se resuelve a favor del primero sin necesidad de acudir al art. 1473 aunque sea posterior en el tiempo o sea de mala fe (conoce la existencia del otro contrato), y respecto del conflicto entre un contrato válido y otro anulable señala que «solo se resuelve a favor del primero sin necesidad de acudir al art. 1473 cuando la causa de anulación afecte al vendedor y ésta impugne el contrato. Afectando al comprador, si éste litiga para obtener la propiedad del objeto vendido, hay confirmación tácita (arts. 1309, 1310 y 1311 Cc.)».

Los anteriores requisitos no suscitan dudas en cuanto a su exigibilidad, en cambio sí ha dividido a la doctrina el siguiente. La controversia surge en resolver si puede considerarse uno de los presupuestos de aplicación del art. 1473 Cc., que la perfección de la segunda disposición llevada a cabo por el vendedor deba ubicarse en un momento determinado en la vida del primer contrato

La respuesta de algunos autores al interrogante planteado es exigir compraventas no consumadas, en cambio, otros consideran que no existe ninguna razón que justifique exigir el requisito de venta no consumada. Sin duda, conviene examinar ahora con más detenimiento las dos tesis.

Un amplio sector de la doctrina (15) considera como requisito necesario de la doble venta, el que la perfección del segundo contrato de compraventa, que queda perfeccionado por el acuerdo entre las partes sobre la cosa objeto del contrato y el precio, se produzca durante el período de tiempo que media entre la perfección y la de la consumación del primer contrato, no estando, pues, ambas ventas separadas por un lapso de tiempo acusado (16).

La doctrina mayoritaria encuentra apoyo a su tesis, en primer lugar, en el estudio de la hipótesis de que el primer comprador adquiere, definitivamente la propiedad de la cosa, en virtud de una compraventa consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor (17); y entonces, una vez consumado el primer contrato, se produce la perfección de la segunda compraventa. Parece lógico sostener, con la doctrina dominante, que en esta hipótesis no podrá surgir una controversia acerca de quién es el propietario del bien. La razón es que el vendedor, en la primera compraventa, transmite al

(15) Vid. MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 146; ALBALADEJO, *Pluralidad...cit.*, p. 21 y en *Derecho...*, *cit.*, p. 80 ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, vol. segundo, p. 313; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, *Comentario Edersa, cit.*, p. 265 y *Comentario...*, *cit.*, p. 931; RIVERO, en «LACRUZ y otros», *Elementos de Derecho civil*, II, 3.º, Barcelona, 1986, p. 54; PAU PEDRÓN, *Comentario ...*, *cit.*, Madrid, 1993, art. 606, p. 1535; CANO TELLO, «El art. 1473 Cc y la inscripción registral», *RGD*, 1965, p. 277; ALBÁCAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. V, arts. 1445 a 1603, Madrid, 1991, p. 220; CARRIÓN OLMOS, *com. cit.*, p. 501 a 502.

(16) La jurisprudencia exige que la primera compraventa no haya sido consumada. Así sentencias de 27 de diciembre de 1932, 1 de junio de 1948, 23 de junio de 1951, 23 de junio de 1952, 11 de junio de 1954, 23 de mayo de 1955, 12 de abril de 1957, 29 de noviembre de 1958, 30 de enero de 1960, 16 de febrero de 1970, 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 18 de diciembre de 1974, 8 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 3 de marzo y 25 de noviembre de 1994. En este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 1994 dice «la tipificación de la doble venta, que contempla el art. 1473 Cc. requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía».

(17) No se comprende bien como, al referirse a la adquisición de la propiedad, el TS y algunos autores emplean la expresión «compraventa consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa», pues es evidente que el pago del precio en nuestro Derecho no es un presupuesto del supuesto de hecho de transmisión de la propiedad. Así es, como dice MIQUEL (*com. cit.*, p. 1091), el supuesto de hecho es: venta, propiedad del tradente y tradición. Nosotros preferimos hablar de venta junto a la tradición hecha por un propietario, y no venta consumada por la ejecución de las prestaciones debidas.

comprador la propiedad, de la que él era titular; ello significa, obviamente, que la segunda venta se produce en el momento en que el vendedor dejó de ser propietario, de manera que es una venta de cosa ajena, a la que se conceptúa como incompatible, al menos para estos autores, con los supuestos de doble venta (17 bis).

Otro argumento en favor de esta tesis puede verse en la necesidad de conciliar el art. 1473 Cc. con los arts. 609 y 1095 Cc., que disponen que la propiedad y los derechos reales sobre bienes se transmiten por ciertos contratos mediante la tradición. Esta conciliación confirma, pues, que las reglas sobre preferencia adquisitiva del art. 1473 Cc. sólo hallan su justificación si entre sus presupuestos de aplicación figura, desde luego, la restricción temporal (18).

Otro sector doctrinal (19), en cambio, considera que cabe excluir de los requisitos del art. 1473 Cc., la exigencia de la no consumación de la primera compraventa. Este planteamiento supone, por tanto, que la norma se aplica no ya sólo en el supuesto de que la perfección de la segunda compraventa se produzca después de la perfección pero antes de la consumación de la primera compraventa, sino, además, para los casos en que la perfección de la segunda compraventa se produzca tras la consumación de la primera compraventa, momento en el que nos hallamos ante un comprador que ha adquirido la propiedad del bien y ante un vendedor que ya no es titular, de este modo, la segunda compraventa se trata de una venta de cosa ajena porque quien vende es un *non dominus*. Dentro de este sector doctrinal, hay que distinguir a su vez dos posturas: por una parte, aquella mantenida por PETIT y, por otra, la de RUBIO y JORDANO.

(17 bis) Vid. ALBALADEJO, *Pluralidad ...*, cit., p. 20 señala que el art. 1473 Cc. tiende «a solucionar la cuestión de quien la adquirirá, mientras si la cosa se vende a alguien que la adquiere ya no hay problema de a quien corresponde» y ver también la p. 81; y en *Derecho...* cit., p. 80 dice «si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la venta de cosa ajena y no por las de venta múltiple».

(18) Vid. CARRIÓN, *com. cit.*, p. 502; GARCÍA CANTERO, *Comentario Edersa*, cit. p. 247. Hay que advertir que los autores exponen otros argumentos, en concreto ALBALADEJO, *Derecho...*, cit., p. 82 dice: «aunque el art. 1473 sólo habla literalmente de venta de una misma cosa a diferentes compradores, su espíritu se refiere a la venta por el vendedor dueño, como ha advertido la jurisprudencia (TS, sentencia de 1 de junio de 1948) y se desprende de la propia regulación que tal artículo establece, ya que si se tratase de que hubiese sido vendida por vendedores diferentes, el conflicto sobre la transmisión de su propiedad debería haber resuelto, en principio, según a qué vendedor hubiese correspondido el poder de disponer de ella», y las «absurdas consecuencias que se siguen de aplicarlo (el art. 1473)» al choque entre venta del dueño y venta del no dueño.

(19) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, p. 258 y ss., *La doble...*, cit., p. 30, *com. cit.*, en ADC, 1994, p. 281 ss.; JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988: doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a *non domino*. Responsabilidad por evicción», en ADC, 1989, p. 1349 ss.; PETIT, *ob. cit.*, p. 104 ss.

En el caso de una segunda venta posterior a la consumación de la primera, mediante tradición, en las cuales la parte vendedora es la misma, pero con una particularidad o diferencia el vendedor sería propietario del bien en la primera venta, mientras que ya no sería propietario al tiempo de perfeccionar la segunda, PETIT opina que no puede considerarse como «doble venta o múltiple», sino «venta de cosa ajena» por tratarse de un vendedor no propietario.

Ahora bien, ante el principal problema que plantea este caso en torno a la aplicabilidad del art. 1473 Cc., el citado autor se inclina por la respuesta afirmativa, conforme con una interpretación extensiva del precepto. Solo si el precepto incluye un supuesto de venta por no dueño, en concreto, la venta por el *ex dominus*, se «comprende que en el segundo párrafo se conceda prioridad al comprador primero en la inscripción, aunque no haya sido primero en la tradición». Como argumento fundamental para admitir esta interpretación extensiva cita el autor los antecedentes legales del precepto. El Proyecto de 1851 contempla el supuesto de doble venta en los arts. 982, 1396 y 1859, los cuales determinan la posibilidad de que la segunda venta necesariamente era venta de cosa ajena ya que el sistema de adquisición era *solo consensu*, resultaba vencedora por devenir en adquisición *a non domino*. Por ello, sostiene que el art. 1473 Cc. contiene un componente referido a la adquisición *a non domino* que procede del Proyecto de Código Civil de 1851, al ser el art. 1473 una refundición de la norma contenida en los mencionados artículos del Proyecto.

Acerca del límite temporal para aplicar el art. 1473, está conforme fijar el límite en la inscripción del título, que constituye el instante en que, por un lado, la adquisición se convierte en inatacable y, por otro lado, pone fin a la apariencia de titularidad que ostentaba el vendedor (20).

RUBIO, en cambio, preconiza la aplicación del art. 1473 Cc. a la resolución del conflicto en torno a la propiedad de un bien, que tiene lugar cuando el choque se produce entre dos o más ventas válidas y eficaces, sobre una misma cosa o derecho, otorgadas por el mismo vendedor que, por lo menos respecto a una de ellas, era titular del objeto de la venta, por lo que el cumplimiento de forma específica de ambas queda descartada por ser incompatibles, con independencia de que en alguna compraventa haya mediado tradición real o *ficta*, o de que haya sido inscrita, en aquellos casos en que la adquisición era inscribible (21).

De acuerdo con lo anterior, considera infundada la posición de quienes parecen pensar que entre los presupuestos que concurren en el supuesto de hecho de la doble venta, figura un determinado evento

(20) PETIT, *ob. cit.*, p. 107 ss.

(21) RUBIO, *La doble...*, *cit.*, p. 41. La misma postura es mantenida por JORDANO, *com. cit.*, p. 1356 ss.

como límite temporal máximo, sobre todo, si se considera que la doctrina sostiene opiniones discrepantes para fijar el evento, por ello considera que es evidente la arbitrariedad del presupuesto.

No estará de más citar las interesantes consideraciones que opone a estas posiciones divergentes (22).

En cuanto al íntegro pago que algunas decisiones jurisprudenciales entienden como límite temporal, el autor piensa que no resulta afortunada pues esa circunstancia no es tenida nunca en cuenta por la norma.

Respecto a la inscripción conseguida del título que algunos autores presentan como límite temporal, en realidad, dice RUBIO, confunden la definición de la doble venta con la posibilidad del triunfo en ella del segundo comprador. No duda de que se está en presencia de una doble venta cuando el conflicto surge entre un primer comprador, que inscribe su adquisición inmobiliaria en el Registro, y un segundo comprador, que esgrime un contrato de compraventa, reuniendo los requisitos necesarios para considerarlo válido, celebrado cuando la primera venta ha sido ya inscrita, sobre el mismo inmueble. En este caso, es aplicable lo dispuesto en el art. 1473 Cc., de manera que la segunda enajenación no afecta al primer comprador que es dueño indiscutible del bien, como resulta de la citada disposición.

Finalmente, acerca de si el límite temporal puede considerarse el cumplimiento de la entrega, entiende que este planteamiento se revela como falso y sin fundamento; y, por ello, es por lo que procede la aplicación del art. 1473 Cc. en el caso de que el segundo contrato, perfeccionado tras la consumación de la primera compraventa, sea venta de cosa ajena.

Conviene detenerse brevemente en las distintas razones, que señala el citado autor, contra la argumentación, expuesta con anterioridad, que sostiene el sector doctrinal partidario de fijar el límite temporal en la consumación de la primera compraventa.

La primera razón para sustentar este límite temporal, se refiere a la imposibilidad de que el régimen jurídico de la doble venta sea compatible con el de la venta de cosa ajena, de forma que, según RUBIO, el régimen jurídico que esta doctrina atribuye a la venta de cosa ajena es la nulidad del contrato o su anulabilidad (23).

(22) Estas consideraciones pueden verse en *com. cit.*, p. 288 ss.

(23) Al decir que la venta de cosa ajena es nula, plantea el problema de determinar cuál es la causa. En este punto RUBIO hace una relación de las diversas posturas manifestadas: la falta de objeto, un vicio en su causa o imposibilidad originaria de la obligación del vendedor. Para los que sostienen la anulabilidad, la causa es el error en el consentimiento del comprador, *error in domino*, apreciable por los tribunales de oficio, *com. cit.*, p. 289.

Por lo que se refiere a la corrección de esta primera razón, el autor (24) opina que la respuesta se encuentra ligada al problema de si la venta de cosa ajena puede considerarse nula, debido a que si se entienden exactas estas calificaciones doctrinales, indiscutiblemente no habría lugar para que el conflicto de la doble venta se perfile, al presuponer éste la validez de los títulos adquisitivos enfrentados.

Sin embargo, estima que la venta de cosa ajena es un contrato válido, de modo que la pretendida incompatibilidad del régimen jurídico de la doble venta con el de la venta de cosa ajena no es exacta, se basa en la falsa premisa de que la venta de cosa ajena debe considerarse nula, y por ello entiende que el régimen jurídico de la venta de cosa ajena es armónico con las reglas que el Código establece para la doble venta.

Pero advierte el mismo autor (25), que la venta de cosa ajena podrá ser un contrato nulo si las partes del contrato albergan mala fe. Para ello basta que los contratantes conocían la ajenidad del derecho y, además, acuerdan crear una apariencia de su transmisión, mediante un contrato de compraventa, para permitirles, así, poder despojar a un propietario de su derecho (26).

También alega que este planteamiento es el que reflejan las normas del Código civil, se refiere a la presunción que establece el art. 1473 Cc., en el sentido de que una de las compraventas en conflicto sea ajena. Así de los arts. 1473.2 Cc. y 34 Lh. resulta la posibilidad de que sea titular del bien el segundo comprador de buena fe que inscribe su título, cuando concurre con un primer comprador, quien ha recibido, en un momento anterior a la inscripción del segundo comprador, el bien, por parte del vendedor, pero sin llegar a inscribir.

Aunque algunos consideran que la venta de cosa ajena es bien nula, bien anulable (GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, p. 405 ss.), no es la opinión que prevalece entre quienes exigen, como requisito de la doble venta, la no consumación de la primera compraventa, ya que la mayoría estima que tal venta es válida. Así: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema..., cit.*, II, p. 281; ALBALADEJO, *Derecho..., cit.*, T. II, vol. 2.º, p. 18. Lo mismo sucede en la jurisprudencia, unas sentencias declaran la nulidad, mientras que otras afirman su validez.

(24) RUBIO, *com. cit.*, p. 282.

(25) RUBIO, *com. cit.*, p. 282 considera que «si el comprador desconoce la ajenidad de la cosa que compra (que pacta adquirir a título derivativo a cambio de un precio), el contrato es anulable *ex arts.* 1265, 1266 y 1301 Cc; siempre que la equivocada convicción del comprador sobre la titularidad del comprador sea excusable», y advierte que «hasta tanto no se anule el contrato, como consecuencia de la acción de impugnación en tal sentido ejercitada por el errante (comprador), dentro de plazo, la compraventa será válida y desplegará todos sus efectos». *Vid.* JORDANO FRAGA, *com. cit.*, ADC, 1989, p. 1356.

(26) RUBIO, *com. cit.*, p. 285 señala que la nulidad de esa operación contractual se da «por mala fe (*animus spoliandi*) que albergan las partes del contrato, redundante en la ilicitud de la causa del mismo (art. 1275 Cc.)».

La segunda razón puesta de relieve por los partidarios del requisito de la no consumación, como ya se ha visto, es que precisamente en un sistema de transmisión de la propiedad, que requiere la conjugación de dos elementos: título y modo, las reglas del 1473 sólo pueden justificarse razonablemente considerando esa restricción temporal. Ante tal argumento, RUBIO hace tres objeciones: en primer lugar, se pregunta cómo los autores que profesan tal opinión justificarán que haya, con referencia a la doble venta, normas coincidentes al art. 1473 Cc. en aquellos Códigos europeos en los que impera un sistema de transmisión consensual, es decir, los derechos reales se adquieren mediante contrato. Entre los Códigos europeos cita el Código francés (art. 1141), el Código italiano (arts. 1155 y 2644), así como el antecedente histórico inmediato de nuestro Código, el Proyecto de 1851.

En segundo lugar, señala, llevando la argumentación criticada hasta sus últimas consecuencias, que tampoco debería admitirse la preferencia adquisitiva, cuando el segundo comprador tiene buena fe, pues también se trata de una compraventa de cosa ajena y, sin embargo, no era difícil augurar que esta solución quedaría descartada por este sector doctrinal, olvidaría que se trata de una venta de cosa ajena o bien sin negarla, se consideraría un contrato válido, en base a la seguridad del tráfico, como resultado de la protección de la *apparentia iuris* que los arts. 1473.2 Cc. y 34 Lh. consagran. Por tanto ningún inconveniente en admitir que hay doble venta, quedando, así pues, definitivamente protegido el segundo comprador *ex* arts. 1473.2 Cc. y 34 Lh., lo cual no dejaría de ser un fuerte contrasentido con sus premisas.

Concluye las objeciones en contra de la segunda razón, con un argumento que extrae aplicando la lógica. Viendo como los términos de los arts. 1473.2 Cc. y 34 Lh. son claros, están considerando preferente la adquisición efectuada por el segundo comprador por ser quien primero inscribe con buena fe jurídicamente relevante, llega al convencimiento de que dicha preferencia se asienta sobre una adquisición no derivativa pues el vendedor nada tiene y nada puede transmitir, sino originaria, «concedida por el ordenamiento pese a que el primer comprador había ya adquirido *a domino* y gracias, entre otros requisitos fácticos —el esencial, sin duda, el de su buena fe jurídicamente relevante—, a su compra de cosa ajena, que le vale como justo título (convalidado)» (27).

Consecuentemente con lo anterior, el autor concluye que la apelación a la teoría del título y el modo resulta poco justificable desde su punto de vista.

(27) *Com. cit.*, p. 287 y 288.

2.C.2.— Resolución del caso:

En el capítulo anterior hemos examinado las diversas teorías que hay al respecto, tan solo me resta ver aquí la resolución de nuestro caso a la luz de cada teoría.

A) DOBLE VENTA

Una posible solución del problema planteado es la que apunta el recurrente en uno de los motivos de casación, en el cual se sostiene que el mero hecho de existir ambas transmisiones, por sí mismo, produce como consecuencia ineludible la existencia de una doble venta y, en consecuencia, debía aplicarse la regla segunda del art. 1473 Cc. Esta solución es la que parece haber acogido parte de la doctrina que, al delimitar el ámbito de aplicación del art. 1473 Cc., ha entendido que el precepto se refiere no solo a aquellos casos en los cuales el primer comprador no haya recibido el bien, sino también en aquellos otros casos en que se ha efectuado la tradición en su favor, por lo cual, ya desde el momento de la perfección del segundo contrato válido de compraventa sobre la misma cosa, el vendedor es un *non dominus*, como ocurría en el caso comentado. En consonancia con esta postura, debe afirmarse que el art. 1473 Cc. se aplica a nuestro caso teniendo en cuenta que se cumplen todos los elementos que integran el supuesto de hecho del citado precepto:

- Se trata de contratos de compraventas separados y válidos.
- Y, como hemos podido ver en los epígrafes anteriores, también concurren los restantes elementos, un único vendedor pluralidad de compradores e identidad de objeto vendido.

Con estas consideraciones, en fin, puede afirmarse que la colisión entre el derecho del primer comprador y el que ostenta el segundo, queda sometida a las normas de la doble venta. La colisión hay que resolverla en favor del segundo comprador porque conforme al párrafo segundo del art. 1473 Cc., tiene preferencia aquel que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

Una vez concluida la aplicación de la regla del párrafo segundo del art. 1473 Cc., queda en pie otro interrogante decisivo, estriba en dilucidar si la regla funciona con total independencia de la buena o mala fe con que el comprador preferido hubiese actuado o, por el contrario, ha de entenderse preferido siempre al comprador que primero inscriba y, además, reúna otra condición tenga buena fe. El recurrente parece inclinarse lógicamente por la primera de las dos posibles interpretaciones mencionadas. Los argumentos que pueden alegarse para sostener esta postura interpretativa o punto de vista son los dos siguientes: por

una parte, el art. 1473 Cc. en el párrafo segundo, dice que el comprador es preferido por el sólo hecho de ser el primero que ha inscrito su derecho en el Registro, lo cual parece dar a entender considerada tal norma en su sentido literal, que la buena fe no es condición requerida, a diferencia de lo que hace en otros párrafos. De tal manera, la persona que de mala fe inscribe en el Registro, como ocurría al segundo comprador en el caso que ahora examinamos, puede pretender con éxito que su adquisición prevalece frente a las demás.

Por otra parte, el segundo argumento que confirma esta interpretación, consiste en que el citado precepto, de acuerdo con la voluntad del legislador histórico, debe coordinarse con los arts. 606 del Cc. y 32 de la Lh., según estas normas, en una doble venta, el comprador que primero inscribe, llega a ser preferida su adquisición, por la exclusiva prioridad en la inscripción y, por lo tanto, la inoponibilidad del título no inscrito siendo absolutamente irrelevante, en todo caso, el estado anímico del adquirente o la falta de buena fe del adquirente (28).

Existe toda una línea jurisprudencial antigua que concuerda con este criterio, y en este sentido, se pueden citar las sentencias de 14 de abril de 1898, 3 de junio de 1899, 17 de febrero de 1911, 24 de noviembre de 1914 y 14 de marzo de 1936. Así, por ejemplo, la sentencia de 17 de febrero de 1911 desestimó el recurso de casación, en el cual se alegaba la mala fe del segundo comprador, y declaró «que habiendo inscrito su derecho una parte —la dolosa—, no habiéndolo realizado la otra, queda reducido el caso a la doble cesión de que se trata el art. 1473 Cc., y con arreglo al mismo y al principio establecido en el art. 23 Lh., es forzoso reconocer que el título aducido no inscrito no puede invalidar ni perjudicar al que ya se inscribió a favor de otra persona ...».

Frente a tal interpretación, la doctrina (29) y la jurisprudencia (30),

(28) Vid. RUBIO, *La doble ...*, cit., p. 90.

(29) Vid. JORDANO, *com. cit.*, p. 1359, PETIT, *ob. cit.*, p. 125 y 139 ss.; RUBIO, *com. cit.*, p. 280 y en *La doble...*, cit., p. 55 ss.; CARRIÓN, *com. cit.*, p. 504; LACRUZ, *Elementos*, cit., vol. 1.º, 1991, p. 258; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., vol. II, p. 307; ALBALADEJO, *Derecho...*, II, vol 2.º, p. 83; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 67, MOLINA, *ob. cit.*, p. 283 ss.

VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *RDP*, p. 379 y 380, dice «convenido que el art. 1473 Cc, en su párrafo segundo no hace más que aplicar, al caso concreto de la doble venta, lo dispuesto en el art. 34 Lh., podemos deducir de ello las siguientes consecuencias: el comprador que primero inscriba debe reunir la necesaria buena fe». GARCÍA CANTERO, *Comentario Edersa*, cit., p. 250 dice «la buena fe sólo aparece en los párrafos primero y tercero, pero una abundante y reiterada jurisprudencia exige igualmente en la hipótesis regulada en el párrafo segundo».

(30) Vid. las sentencias de 13 de mayo de 1908, 20 de noviembre de 1928, 31 de octubre de 1929, 28 de junio de 1941, 11 de febrero de 1946, 23 de junio de 1951, 11 de junio de 1954, 24 de enero y 12 de abril de 1957, 27 de mayo de 1959, 30 de enero de 1960, 25 de mayo de 1965, 20 de noviembre de 1967, 24 de enero y 31 de diciembre

a partir de la sentencia de 13 de mayo de 1908, entienden que el comprador preferido es quien, además de la inscripción, reúna los requisitos expresados en el art. 34 Lh., para quedar amparado por la fe pública registral. De acuerdo con esta segunda manera de entender la cuestión, la preferencia otorgada al comprador que inscribe en el Registro no excluye la buena fe, sino que la exige como requisito indispensable.

Una muy autorizada opinión, MIQUEL, dice que «la exigencia de buena fe en el art. 1473 Cc. es explícita en algunos de sus párrafos, mientras que en el II no se la menciona, pero es exigida por una jurisprudencia constante. Esta exigencia puede explicarse como una aplicación de esta regla derivada de la buena fe objetiva (art. 7.1) que excluye la adquisición maliciosa de derechos. Si el segundo comprador adquiere de un vendedor que ya no es propietario, por haber completado el primero su adquisición, no es necesario acudir a este principio porque el segundo comprador, tercero de buena fe (buena fe subjetiva), se produce entonces en virtud del art. 34 LH con todas sus condiciones, porque se trata de una adquisición a *non domino* y no sólo de una doble venta» (31).

Las razones según nuestra jurisprudencia, para establecer este requisito nuevo, aparecen indicadas en la sentencia de 17 de diciembre de 1984, «así lo impone la relación que ha de establecerse entre el párrafo segundo del art. 1473 Cc. y el art. 34 Lh.» y, además, «tiene cumplida justificación, como ha hecho notar la doctrina científica, por lo mismo que de ordinario la doble venta presupone una actuación dolosa o fraudulenta del vendedor y no merece protección quien colaboró en la maniobra o cuando menos la conoció».

Acerca de como se define la buena fe necesaria en la doble venta, han dicho DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que «es el desconocimiento de que la cosa haya sido objeto de venta con anterioridad. No habrá buena fe si el comprador tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho había sido enajenada [por analogía, art. 36.1 a) Lh.]» (32).

Con razón señala MIQUEL que «la existencia de medios de publicidad como el Registro de la Propiedad libera al tercero de una carga de investigar más allá del Registro» se refiere a lo que se publica en el Registro esto es, la propiedad. Por ello nos advierte «solamente en relación a la posesión, seguramente por afectar a otros elementos del su-

de 1969, 26 de noviembre de 1970, 30 de abril de 1474, 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, 10 de febrero y 16 de mayo de 1983, 17 de diciembre de 1984, 3 de mayo y 5 de julio de 1985, 4 de marzo de 1988, 15 de diciembre de 1989, 24 de enero de 1990, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 24 de marzo, 11 de abril y 23 de diciembre de 1992, 13 de diciembre de 1993.

(31) MIQUEL, Comentario al Código civil, 1993, T. I, art. 7, p. 56.

(32) *Sistema...cit.*, p. 307. Semejantes definiciones dan: PETIT *ob. cit.*, p. 123; LACRUZ, *ob. cit.*, III. vol. 1.º, p. 258.

puesto de hecho de la propia adquisición, el art. 36 LH impone la carga de una cierta diligencia en orden a conocerla. En general la existencia de medios de publicidad hace irrelevante hablar de la excusabilidad o inexcusabilidad del error en relación a los datos cubiertos por la publicidad» (33).

Acorde con esta opinión en el caso del pleito es de observar que el representante del segundo comprador adquiere maliciosamente, así es, conoció que en un tiempo sustancialmente anterior a la perfección de la segunda venta se produjo una transmisión de la propiedad en favor de los primeros compradores, ya que, él mismo había transmitido el apartamento (34). Esta es la razón fundamental para desestimar la alegación contenida en el citado motivo del recurso. Debe, pues, prevalecer el primer comprador, por ser el primero en la posesión y en la ostentación de títulos con fecha más antigua.

B. VENTA DE COSA AJENA:

En las líneas anteriores habíamos visto cómo se resuelve la colisión entre ventas realizadas por un dueño y un no dueño, habría que aplicar el art. 1473 Cc. Sin embargo, la sentencia llega en este punto a la conclusión contraria sobre la base de que no basta, para que haya doble venta, con que existan dos transmisiones, sino que, además, es preciso que cuando se perfecciona la segunda venta por la concurrencia del consentimiento de las partes contratantes sobre la cosa y el precio la primera no haya sido consumada todavía, lo que supone, dentro de la lógica negocial una proximidad en el tiempo entre ambas ventas. El criterio aquí defendido parece más conforme con el que ofrecen constantemente tanto la jurisprudencia, como la doctrina dominante (35). En tal sentido, merece señalar la sentencia de 3 de octubre de 1963, recuerda que hay que atender a dos fases en el iter transmisivo, en primer lugar cuando se llegue a la perfección del contrato que constituye una fase contractual que confiere al comprador un *ius ad rem* sobre la cosa objeto de la estipulación, y una acción meramente personal para reclamar su entrega (arts. 1461 y ss.) En segundo lugar, cuando se añade la tradición (arts. 609 y 1095 Cc.), surge un *ius in re* sobre la cosa adquirida,

(33) MIQUEL, «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXIX, p. 9 y ss., *Vid.*, del citado autor, voz buena fe, p. 831 y ss., en la «Enciclopedia Jurídica Básica», Vol. I, Madrid, 1995.

(34) Sobre el momento en que debe apreciarse la buena fe, *vid.* PETIT, *ob. cit.*, p. 125.

(35) *Vid.* lo dicho en las notas 14 y 15.

produce como efectos la inmediatez sobre el inmueble y acciones *erga omnes* para hacerlo efectivo (36).

Pues bien, a nuestro juicio, lo precedentemente expuesto sirve para deducir que la resolución de nuestro caso exige los siguientes pasos. Respecto de la compraventa que se realiza en primer lugar no ha de bastar decidir si el contrato es válido o no, será necesario, además de terminar la fase de vida del contrato, en el sentido de que el problema consiste en saber si nos encontramos ante una primera venta perfeccionada o, por el contrario ante una primera venta que concurre con la tradición hecha por el propietario-vendedor.

Por lo que respecta a la primera cuestión, el contrato de compraventa es, sin ningún género de dudas válido, en cuanto reúne los requisitos de validez contenidos en el art. 1261 Cc., según el cual solo hay contrato cuando concurre consentimiento objeto y causa (37).

La segunda cuestión radica en averiguar el concreto grado de avance del primer contrato en el iter transmisivo cuando se realiza la segunda compraventa es decir, si en tal instante el primer contrato está perfeccionado por el concurso de oferta y aceptación, conforme al art. 1450 Cc., o si se ha transmitido la propiedad en base a la existencia de una tradición, ulterior a un contrato de compraventa (arts. 609 y 1095 Cc.).

Por lo que se refiere a esta cuestión, la sentencia afirma, con razón, los primeros compradores han adquirido la propiedad en tiempo sustancialmente anterior a la posterior venta. Según el propio TS esta afirmación se desprende del examen de los antecedentes, de los cuales resulta que los compradores o, por referirnos a la situación procesal que ocupan, actores, habían entrado, a continuación de la entrega de las llaves, en la posesión del apartamento; pero, además debe tenerse en cuenta que desde ese momento los compradores venían poseyendo pacíficamente el objeto de su compraventa.

Creo que no hay ningún inconveniente en admitir que los actores habían adquirido la propiedad del apartamento teniendo en cuenta los requisitos que nuestro Derecho exige para la adquisición del dominio conforme a los arts. 609 y 1095 Cc., así como los hechos probados anteriormente expuestos, de donde resulta inequívocamente haber tenido lugar además del título, en virtud del contrato de compraventa, el modo, pues se ha efectuado la *traditio* en favor de los actores.

Pero ha de tenerse en cuenta que el Registro publica que «Primab, S.L.» sigue siendo titular del dominio, aunque en la realidad extrarregistral se han producido dos sucesivas transmisiones patrimoniales, la prime-

(36) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *com. cit.*, p. 665 dice: «consumada la primera venta la consecuencia ineludible que se produce es la exclusión de la figura de la doble venta, dado que el *ius ad rem* que el comprador tenía en la fase de la perfección del contrato se transforma en un *ius in re* en la consumación del mismo, entrañando consiguientemente, la salida del bien de la esfera del poder al vendedor».

(37) *Vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema ...*, *cit.*, Vol. II, p. 404 ss.

ra es la realizada por «Primab, S.L.», titular registral, que había transmitido el apartamento a Valentín y Arturo, quienes a su vez, habían enajenado a los actores, ambas transmisiones no han llegado al Registro y, en consecuencia, se produce una discordancia entre el Registro y la realidad extraregstral.

Más tarde, según los antecedentes que se desprenden de la sentencia, la entidad «Primab, S.L.» procede a la venta del apartamento por escritura pública a la entidad «Mini-Chalets, S.A.», esta transmisión fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Estamos en presencia de una venta efectuada por el titular registral, lo cual es por sí suficiente para generar en la otra parte, siempre que fuera de buena fe en el momento de la perfección, la creencia de que el vendedor es respecto del apartamento dueño. Sin embargo, lo cierto es que el vendedor, si bien es titular registral, no es propietario pues, como ya hemos visto, había previamente transmitido el bien en favor de Arturo y Valentín. Ciertamente estamos en presencia de una venta de cosa ajena, en tanto que el vendedor es un *non dominus*, es decir éste enajena un bien inmueble que había dejado de estar definitivamente en su patrimonio.

En definitiva, es evidente que una aplicación rigurosa de lo dicho impone reconocer como correcta la conclusión que se desprende de la sentencia, en el sentido de que no nos encontramos frente a un caso de doble venta, sino de venta de cosa ajena. En efecto, admitiendo que la primera compraventa no sólo se perfeccionó, sino que además, se ha realizado la enajenación (38), en cuanto que a continuación de la venta, el comprador ha entrado en posesión de la cosa, en tiempo muy anterior a la posterior venta, y que esto, conforme con los arts. 609 y 1095 Cc., es bastante para adquirir el dominio de la cosa por los compradores, parece claro que todo ello debe llevar a la conclusión de que cuando se verifica la posterior venta, el vendedor es un *non dominus*. porque el bien vendido en rigor no se encontraba en su patrimonio, lo que significa que, la venta debe calificarse como venta de cosa ajena, con la consecuencia obligada que nos hemos salido del ámbito de aplicación del art. 1473 Cc.

Estimando el caso como una venta de cosa ajena, se plantea aquí el problema de la validez de la venta de cosa ajena (39).

(38) Vid. MIQUEL Comentario... *cit.*, 1993, T. I, art. 609 p. 1548 dice que «el contrato contribuye a producir efectos reales pero por sí solo no los produce porque requiere además la tradición en cualquiera de sus formas. Para que se transmita la propiedad inmediatamente por la tradición es preciso además del contrato, que el tradente sea propietario. Este requisito podemos decir que no es un presupuesto de validez ni de eficacia del contrato, sino de eficacia de la tradición».

(39) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983» en *CCJC* 3, p. 719 ss.; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Venta de cosa ajena ¿validez o nulidad?*, Madrid, 1994; FERNÁNDEZ ARROYO, «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», en *RDP*, 1992, p. 639 ss.; GAYOSO ARIAS, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», en *RDP*, 1991, p. 222 ss.; GORDILLO CAÑAS, «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus*».

La jurisprudencia es poco uniforme en este punto, o bien declara la validez de la venta de cosa ajena (40), o bien niega la eficacia de aquella venta, a través de la figura del error (41), la concurrencia de dolo (42), la falta de objeto (43) o por problemas en la causa (44).

Considera el TS en esta sentencia que la segunda venta, por la cual el vendedor vende una cosa ajena, es una venta indebida, lo que implica que nunca puede surgir un choque con la primera venta. Para llegar a esta conclusión, el TS reitera la doctrina que había mantenido ya con anterioridad en otras ocasiones, conforme a la cual el contrato ha de reputarse nulo, inexistente, por faltar el objeto, que es el requisito exigido en el párrafo segundo del art. 1261 Cc. (45).

Sin embargo, si observamos atentamente un contrato de compraventa de cosa ajena cualquiera, y un ejemplo de tal hipótesis nos lo ofrece el caso que nos ocupa, nos daremos cuenta en seguida de que la tesis de que el contrato carecía de objeto, topa con la dificultad de que la ajenidad de la cosa no supone, en ningún caso, un obstáculo para que el bien exista como realidad tangible, es decir, conforme a los hechos de nuestro caso, se advierte que el apartamento litigioso es, sin duda, algo tangible y real.

La tarea que debemos acometer ahora consiste en determinar la razón de esta afirmación jurisprudencial, y para ello el mejor camino será tratar de encontrarla en las mismas sentencias que consagran esta doctrina jurisprudencial. Si se examina atentamente las sentencias, observamos en seguida cómo el TS ha precisado la razón que determina la falta del objeto en el contrato de compraventa de cosa ajena y vemos, también, cómo para llegar a esta razón se parte de una premisa mayor, la cual debe ser tomada con reserva. En cuanto a la premisa

traditio sine causa. ¿Adquisición a non domino? Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983» ADC, 1984, p. 564 ss.; JORDANO FRAGA, *com. cit.*, p. 1350; MENÉNDEZ, «Ensayo sobre la *venditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas», RDP, 1914, p. 337 ss. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990; MOLINA, *ob. cit.*, p. 136 ss.; RUBIO, *com. cit.*, p. 283 ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... cit.*, vol. II, p. 263; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 263; CARRIÓN OLMOS, *ob. cit.*, p. 505; LÓPEZ y LÓPEZ, Comentario al Código civil, Madrid, 1993, T. II, art. 1445.2, p. 888; RIVERO, *Elementos de LACRUZ*, Derecho de obligaciones, vol. 3.ª, *cit.*, p. 15-16; SANTOS, *ob. cit.*, IV, p. 54.

(40) SSTS de 5 de julio de 1958, 31 de diciembre de 1981, 12 de abril y 27 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1983, 26 de marzo y 13 de octubre de 1984, 28 de noviembre de 1986, 1 de julio de 1987, 14 de octubre de 1991, 16 de noviembre de 1992.

(41) SSTS de 11 de abril de 1912, 20 de noviembre de 1925, 8 de marzo de 1929, 15 de octubre de 1973, 4 de enero de 1989, 6 de julio de 1992.

(42) SSTS de 8 de mayo de 1929, 26 de octubre de 1981, 21 de mayo de 1992.

(43) SSTS de 26 de junio de 1924, 27 de diciembre de 1932, 1 de junio de 1948, 23 de junio de 1951, 20 de octubre de 1954, 25 de febrero de 1972, 9 de mayo de 1980, 25 de marzo de 1988, 11 de abril de 1992, 25 de marzo y 23 de junio de 1994.

(44) SSTS de 14 de marzo de 1983, 19 de diciembre de 1985 y 25 de marzo de 1988.

(45) Vid. FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 18.

mayor, la Jurisprudencia ha ido tratando de perfilar las causas en que procede apreciar la falta del segundo elemento esencial del contrato que enumera el art. 1261, esto es, el objeto. Así, la sentencia de 23 de junio de 1994 dice que la falta de objeto «es de apreciar no sólo en caso de inexistencia material del objeto, sino también por la imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar». ¿Pero qué ha querido decir el TS con esta expresión? Lo que quiere decirse es que la falta de objeto puede apreciarse, en un contrato de compraventa cualquiera, como consecuencia tanto por la inexistencia material de la cosa, como por la indisponibilidad del objeto vendido por el vendedor (46). Es esta una de las expresiones que el TS repetirá persistentemente, aunque en alguna ocasión haya modificado la redacción. En este sentido, cabe citar la sentencia de 9 de mayo de 1980, en la cual el TS plantea frontalmente el problema de cómo ha de conceptuarse el objeto de una compraventa, sobre todo cuando la parte vendedora se atribuye una titularidad dominical que carece, y señala que el objeto queda «integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretende operar», de modo que «si lo que se pretende es la invalidación de transmisiones por falta de poder de disposición sobre los bienes, tal circunstancia no provoca la nulidad por ilicitud de causa, sino por falta de objeto».

Por lo que se refiere a la razón de la falta de objeto en una venta de cosa ajena, hemos de volver brevemente al examen concreto de las sentencias. Entre otras, la antigua sentencia de 27 de diciembre de 1932 sostuvo que el vendedor no tenía el dominio de la finca vendida, precisamente porque se encuentra incluida en el patrimonio de un tercero, lo cual es suficiente, de acuerdo con el aforismo *nemo dat quod non habet* para considerar que «falta en dicho contrato el objeto mismo, que es el requisito segundo exigido en el art. 1261 Cc. para que el contrato exista».

La sentencia de 1 de junio de 1948 decía que la vendedora «no podía disponer de la cosa objeto de la convención puesto que no había llegado a entrar en su patrimonio, realizó una venta que por carecer de objeto ha de reputarse inexistente».

La sentencia de 23 de junio de 1951 resolvió un caso en que el vendedor realizó dos ventas sobre un mismo bien. Sentado que la primera compraventa es un contrato válido y, además, que «es indiscutible que éste transfirió el dominio de la finca vendida a I.V. —primer comprador—

(46) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Estudios..., cit.*, p. 20 ss.; CASTÁN, *ob. cit.*, p. 379 a 381. MOLINA, *ob. cit.*, p. 142, dice «Agotando la interpretación, quizá no resulta desacertado que al hablar el Tribunal Supremo de «imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar», estaba refiriéndose a la falta de legitimación antes expresada —se refiere a la legitimación para poder disponer de la cosa—, bien que no hubiese dado traslado de este concepto, de raíz procesal, al ámbito del derecho privado».

por ser la compraventa consensual, y consta también por los actos de cultivo y arrendamiento que el mismo realizó, que se transmitió la posesión», es por lo que el TS declaró que «al realizarse la venta impugnada ya no estaba la finca vendida en poder del vendedor y no pudo transferir su propiedad por lo que carecía de objeto ese último contrato».

En la sentencia de 6 de diciembre de 1962, el TS dijo en esta ocasión que cuando el vendedor vendió por escritura pública los bienes en cuestión al recurrente, aquellos habían salido del patrimonio del vendedor, de manera que no podía disponer de ellos.

Según la sentencia de 25 de febrero de 1972 el «hecho de que el solar litigioso no estaba al momento del otorgamiento de la escritura en el patrimonio de los respectivos transmitentes», es la causa de que no pudo verificarse «la transmisión por falta de objeto, o imposibilidad jurídica de ser materia de los contratos».

En definitiva, el TS, partiendo de la premisa antes indicada, ha sostenido que la razón de la falta de objeto en una venta de cosa ajena, no radicaba en la inexistencia material, sino en que el vendedor carece de poder de disposición sobre los bienes vendidos.

Nadie duda de que es inadmisibles entender que la ajenidad implica la inexistencia material del objeto, toda vez que la cosa existe en sentido físico, con independencia de que no sea del vendedor, tampoco cabe ninguna duda de que tal ajenidad significa, desde luego, la ausencia de legitimación para poder disponer del bien vendido. Que esto es así es más que obvio, basta fijar la atención en nuestro caso, en concreto en la segunda venta, para comprobar que el vendedor, «Primab, S.L.», por el hecho de no ser dueño del apartamento carecía de poder de disposición sobre el mismo; no obstante, el apartamento tiene existencia verdadera.

Sin embargo, lo que ya no resulta tan correcto es la premisa general de que el poder de disposición es un requisito del objeto del contrato, ni tampoco la conclusión a que llega la jurisprudencia en aplicación de esta premisa, conforme a la cual la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto. La inexactitud resulta de reflexionar sobre las siguientes consecuencias que conlleva: por una parte, si sólo puede ser válida aquella venta celebrada por un vendedor con poder de disposición, no puede en ningún caso adquirirse el dominio por usucapión ordinaria, pues, en conformidad con el art. 1953 Cc., es presupuesto imprescindible de la usucapión, un título válido y verdadero. Esta consecuencia es absurda, en cuanto que lo que no puede razonablemente concebirse es un legislador, que se hubiese olvidado redactar el art. 1953 Cc. en armonía con el resto del sistema del Código civil. Es imposible discutir, dice MIQUEL, «la exactitud del art. 1953 Cc. al establecer que el título deba ser verdadero y válido. Esta exigencia significa: 1) la usucapión ordinaria no subsana un defecto del título, 2) la usucapión ordinaria subsana un defecto de propiedad del tradente, 3) esta falta de

propiedad no es un vicio del título». En definitiva, continua el citado autor, «que la cosa sea ajena no es por si solo causa de nulidad ni de anulabilidad de la venta, y ni siquiera puede decirse que ésta sea ineficaz, porque tal venta también contribuye a producir efectos reales a través de la usucapión ordinaria» (47).

Por otra parte, sostener que la venta de cosa ajena es nula significa, en realidad, que es imposible la trasferencia en la hipótesis de que, más tarde de la perfección del contrato, el vendedor *non dominus* deviene propietario al adquirir la cosa vendida, bien por compra, bien por donación o bien por herencia. Así pues, lo anterior supondría entender que la venta transfiriere la propiedad de manera inmediata, porque la transferencia únicamente tendrá lugar si concurren todas las condiciones necesarias, entre ellas el poder de disposición, para la transmisión en el momento de la venta. En dicha consecuencia se ve con claridad, que se produce una rectificación del sistema de título y modo que consagra nuestro Código. Como observa MIQUEL, «la adquisición de la cosa al dueño no sana la anterior venta hecha por quien no era dueño, porque esa venta era ya válida; lo que producirá será, si ya tuvo lugar la tradición, la transmisión de la propiedad por concurrencia del requisito que faltaba, pero que no afectaba a la validez de la venta, sino a la transmisión de la propiedad por tradición. Pero si no se había producido la tradición, como era el caso de la sentencia, entonces la transmisión de la propiedad tendrá lugar cuando se verifique la tradición» (48).

Pero también se ha fundado en otros argumentos, en particular, en la constatación de que en nuestro Código no encontraremos un precepto que imponga la disponibilidad como uno de los presupuestos que deben concurrir en el objeto (49).

(47) MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario del Código civil, T. I, Madrid, 1993, art. 609, p. 1547; y art. 297, p. 1091, también en Comentario Edersa, *cit.*, art. 397, p. 396 que dice: la propiedad o poder de disposición del derecho hay que tenerlo en el momento de hacer la tradición y no es un requisito ni de validez ni de eficacia de la venta «Vid. también RUBIO, *com. cit.*, p. 283 ss.; Díez-PICAZO, *Estudios...*, *cit.*, T. I, p. 52 y T. II, p. 22 y 25.

(48) MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», *cit.*, CCJC, 3, p. 725 En este sentido ver ROCA SASTRE, *ob. cit.*, p. 379; BLAS PÉREZ y ALGUER, *ob. cit.*, p. 23; GARCÍA CANTERO, Comentario Edersa, *cit.*, p. 168 a 174; ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», en *RGLJ*, 1947, p. 409 ss. y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, p. 141 ss.; LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 888 Por su parte, GORDILLO, *com. cit.*, p. 571 señala que «la admisibilidad de la compraventa de cosa ajena no exige la concepción de la compraventa como contrato no necesariamente ordenado a la transmisión del dominio; deriva, por el contrario, de la distinción entre la eficacia obligacional del contrato y su posterior transcendencia traslativa, centrada ésta en torno a la *traditio* o entrega».

Cfr. MORENO MOCHOLI, «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?», en *RCDI*, 1945, p. 377 ss.

(49) Otros argumentos pueden verse en RUBIO, *com. cit.*, p. 283 a 285; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, p. 377 ss.

En conclusión, por todo lo dicho, me parece mejor fundada la opinión que se pronuncia a favor de la validez de la venta de cosa ajena, porque considera que en el objeto del contrato no hay que exigir al vendedor el poder de disposición (50).

Se trata de una hipótesis de venta de cosa ajena, lo que impide, de acuerdo con el funcionamiento del sistema transmisivo español, que el comprador se haga dueño del apartamento. Pero cabe preguntarse si el comprador «Mini-Chalets, S.A.» puede ser beneficiario de la fe pública registral. La respuesta es clara, no reúne uno de los presupuestos para merecer la calificación de tercero protegido por la fe pública registral, dado que el comprador conoce la inexactitud del Registro. Por ello, los dueños del apartamento son los primeros compradores.

C) VENTA INEFICAZ POR CAUSA ILÍCITA:

Otra manera de resolver nuestro caso, en opinión de otros autores, sería entender que la segunda venta es ineficaz, no por ser venta de cosa ajena, sino por el hecho de que, según los antecedentes, ambas partes contratantes, con pleno conocimiento de la ajenidad del apartamento vendido, tratan de despojar al verdadero dueño, en cuanto que crean una apariencia de transmisión mediante el otorgamiento de la escritura de enajenación y el acceso al Registro de la Propiedad. Esta intención de perjudicar al *verus dominus* es por lo que, precisamente, el contrato tiene causa ilícita, ex art. 1275 Cc. (51) (52).

De todas formas, se piense de una u otra forma sobre la manera de resolver el caso, ello no impide que la solución deba ser la misma, lo que da lugar a que se declare, sin ninguna duda, que el dueño del apartamento embargado no es el titular registral, «Mini-Chalets, S.A.», sino los actores, con base al contrato privado de compraventa de 29 de julio de 1979.

(50) En la actualidad puede decirse que la generalidad de los autores consideran la venta de cosa ajena como una venta válida, en esta línea podemos citar, entre otros, a MIQUEL GONZÁLEZ, Díez-PICAZO, GULLÓN, GARCÍA CANTERO, JORDANO FRAGA, RUBIO, SANTOS BRIZ, LÓPEZ y LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 888.

(51) Esta opinión es compartida en casos similares al comentado aquí por RUBIO, *com. cit.*, p. 285 y ver también *La doble...cit.*, p. 32 ss.; así como también por FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *ob. cit.*, p. 26 que dice «la limitada eficacia del contrato va a permitir reputar válida la venta aun cuando la cosa sea ajena, y su consiguiente valor como título de adquirir, siempre y cuando aquella se haya realizado con plena consciencia de la ajenidad y no persiga, por otra parte, una finalidad jurídicamente reprochable», y en la p. 21, al comentar la sentencia de 25 de marzo de 1988 señala que «en tanto que de las circunstancias que rodean el supuesto se adivina una maniobra fraudulenta por parte de ambos contratantes (el vendedor es el padre de los compradores, quienes tras la venta, inmatriculan y revenden a un tercero), podría muy bien haberse resuelto la cuestión a través de la causa ilícita».

(52) La inscripción del segundo contrato de compraventa, no convalida su nulidad, conforme al art. 33 Lh. *Vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos... cit.*, p. 355.

3. Tercería de dominio: Estudio de sus requisitos.

La última cuestión se refiere a los requisitos necesarios para que prospere la tercería de dominio. Para resolver adecuadamente el interrogante ahora abierto, podríamos pensar, a primera vista, que la tercería de dominio viene a ser una acción reivindicatoria, lo que conlleva, como consecuencia inevitable, aplicar en la tercería de dominio, los mismos requisitos que la jurisprudencia exige a la acción reivindicatoria (53). Es, se insiste, la identificación de la acción de tercería de dominio con la reivindicatoria, lo que conduce al resultado de que la tercería sólo puede prosperar acreditándose los requisitos siguientes:

- 1) El dominio del actor.
- 2) La identidad de la cosa reclamada.
- 3) Y posesión o detentación de la misma por el demandado.

Sin embargo, el planteamiento anterior no es exacto, por las diferencias que existen entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria, y que han sido en su mayor parte, adecuadamente puestas de relieve por la jurisprudencia (54):

- 1) A diferencia de la acción reivindicatoria, que se interpone contra el poseedor no propietario, la tercería de dominio va contra el ejecutante no poseedor, y el ejecutado, que en muchos casos tampoco es poseedor de los bienes embargados.
- 2) Diferencia en cuanto a la finalidad, la acción reivindicatoria pretende la adquisición o recuperación de la posesión; la tercería de dominio tiende, en cambio, al levantamiento del embargo trabado sobre el bien en litigio, en otras palabras, sustraer de un procedimiento de apremio, bienes que no pertenecen al patrimonio del apremiado.

Por todo lo cual, los requisitos que deben concurrir para que prospere la tercería de dominio son los siguientes:

- a) Que el demandante justifique su condición de tercero, en el sentido de que no es el deudor ejecutado.
- b) Que acredite la titularidad del bien embargado y, además, que el momento de la adquisición del dominio ha sido anterior a la fecha en que la traba fue practicada, pues, aceptando el plan-

(53) Existe una jurisprudencia antigua, según la cual la tercería de dominio viene a ser una acción reivindicatoria. Podemos citar, entre otras, las sentencias de 10 de mayo de 1978 y 3 de marzo de 1980.

(54) SSTs de 26 de febrero de 1980, 26 de junio de 1982, 23 de marzo y 29 octubre de 1984, 8 de mayo de 1986, 20 de febrero, 9 de julio y 21 de noviembre de 1987, 12 de febrero, 25 de octubre y 10 de noviembre de 1988, 5 y 20 de junio y 6 de diciembre de 1989, 30 de noviembre de 1990, 8 de febrero y 10 de junio de 1991, 30 de enero, 27 de febrero, 15 de abril, 24 de julio de 1992, 31 de mayo, 29 de junio, 2 de noviembre y 23 de diciembre 1993, 2 de junio de 1994.

teamiento jurisprudencial, para que un bien sea objeto de embargo por deudas, es indispensable que pertenezca al patrimonio del deudor en la fecha del embargo; en cambio, si no es del deudor, hay que levantar el embargo.

El TS entiende, en esta sentencia, que el presupuesto exigido por el art. 1537 de que «con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde» es un presupuesto o exigencia procesal, y, consiguientemente, cuando falta este presupuesto, queda en suspenso la admisión de la demanda hasta que se presente el título o documento en que se funde. Cabe, dice la sentencia, que la titulación conste en documento público o privado, o en la apariencia y en la posesión para los bienes muebles, en tanto que el tercerista la considere apropiada a su pretensión.

En nuestro caso como ya hemos señalado, se daba la circunstancia de que el apartamento objeto de embargo, en ningún momento ha sido adquirido por la entidad deudora «Mini-Chalets, S.A.»: en cambio, quedó probado que el tercerista es dueño del apartamento, mediante contrato de adquisición de 29 de julio de 1979; indiscutiblemente debe comportar el alzamiento del referido embargo y, por ello, la tercería de dominio ha sido correctamente acogida por el TS.

Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos

A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (1)

MARTA SALANOVA VILLANUEVA
Becaria de Derecho Privado
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. RELATO FÁCTICO.— II. ASPECTOS SUSTANTIVOS: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SUS NIETOS.— 1. Los abuelos como «otros parientes y allegados».— 2. La «justa causa» obstativa del derecho a relacionarse: A) Delimitación negativa. B) Posible contenido de la justa causa. C) El papel del interés del menor y de su voluntad.— 3. Contenido del derecho de visita de los abuelos.— 4. Pactos de las partes sobre las visitas.— 5. Esencial variabilidad del derecho de visita.— II. CUESTIONES PROCESALES SUSCITADAS EN EL CASO.

El tesón de una abuela —que no se conformó con la idea de verse privada de todo contacto con sus nietos— hizo posible que el 8 de julio de 1857 la sala civil de la *Cour de Cassation* francesa le reconociese el derecho a visitarlos pese a la oposición de los padres de éstos: se manifestaba así por primera vez la institución del derecho de visita, progresivamente consolidada merced a la sucesión de resoluciones judiciales —tanto en Francia como en otros países, incluido el nuestro—

(1) Ponente D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Puede consultarse en Ar. 2728, C.L. 310 y en la sección correspondiente de este mismo Anuario.

para acabar accediendo al ordenamiento jurídico positivo. Nuestro alto tribunal —que ya antes se había pronunciado sobre el derecho de visita de los progenitores en diversas ocasiones— ha tenido que esperar más de un siglo para resolver por primera vez como cuestión principal sobre el derecho de unos abuelos a mantener relaciones personales con su nieta, en la sentencia de 7 de abril de 1994, que tomaré como punto de partida para expresar una serie de consideraciones sobre tal figura.

Procede advertir de entrada que el derecho convencionalmente denominado de visita (2) no varía básicamente en su definición, finalidad, fundamento y caracteres (3) en virtud de quien sea cotitular del mismo junto al menor; otra cosa es que de acuerdo a la relación de parentesco que —junto a la esencial e insoslayable de afectividad— vincule a menor y visitante su finalidad se amplíe y su fundamento se vea reforzado.

En adelante se pretende ir dando cuenta de las principales cuestiones que la construcción teórica y la puesta en práctica del derecho de visita por parte de los abuelos plantea, al hilo de la sentencia.

I. RELATO FÁCTICO

Los hechos que sustentan el caso aparecen descritos —quizás con excesiva sumariedad— en el F.D. 1.º de la sentencia: la menor cuyo

(2) Salvo que otra cosa se advierta, utilizaré la expresión en el sentido amplio que convencionalmente se le viene atribuyendo entre nosotros, equivalente a «relaciones personales» y por tanto comprensivo de las visitas *strictu sensu*, comunicaciones telefónicas, epistolares, y similares así como estancias. *Cfr.*, *inter alia*, MARTÍNEZ SAPIÑA: «El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos», en RIVERO HERNÁNDEZ *et al.*: *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Eunsa 1982, p. 353.

(3) Recordemos brevemente que el derecho de visita puede definirse —en palabras de GARCÍA CANTERO («En torno al derecho de visita», en RIVERO HERNÁNDEZ, *et al.*, *op. cit.*, p. 247) como «derecho de naturaleza, o mejor, contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin». Su naturaleza jurídica —desde la perspectiva del visitante— es de derecho-función o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular sino para favorecer los del menor visitado, respecto de quien sí se puede hablar en puridad de un derecho subjetivo (*cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, «El derecho de visita. Ensayo de una constitución unitaria.» en RIVERO *et al.*, *op. cit.*, p. 224 y ss.). Su finalidad estribaría en favorecer y estimular el desarrollo personal del menor merced al fomento de sus relaciones personales con personas dispuestas a demostrarle su cariño y afecto. En cuanto a su fundamento común —es decir, predicable de todos aquellos supuestos en los que las visitas pueden decretarse— sería esa misma relación afectiva, con la que puede concurrir la existencia de eventuales lazos ya biológicos y jurídicos entre menor y beneficiario del derecho. (*Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 220 y ss). En lo que a sus caracteres respecta, cabe apuntar su subordinación al interés del menor, su inclusión dentro del «orden público familiar» y consiguientes innegociabilidad, irrenunciabilidad absoluta e imprescriptibilidad; su innata relatividad y variabilidad en función de las circunstancias concretas del caso así como de la evolución de las mismas, y su carácter de derecho personalísimo y consecuentemente indelegable.

afecto está en el origen de las disputas entre D. José María A.M. —su padre— y los Sres. de S. —sus abuelos— es Judit. Ella y su padre, fallecida la madre, pasan a convivir con sus abuelos maternos. Transcurrido un tiempo no especificado, surgen desavenencias entre yerno y suegros, y aquél abandona el domicilio común llevándose la niña. A partir de ahí continúan de forma más o menos precaria las relaciones entre nieta y abuelos hasta que, a raíz del nuevo matrimonio del padre y la agudización de las tensiones entre los adultos que éste trajo consigo, son impedidas por aquél.

La base fáctica del caso puede sin duda calificarse de típica o común en lo que al derecho de visita de los ascendientes se refiere: la situación más propicia para que éstos se vean obligados a reclamar la protección judicial de su derecho es aquella en la que su hijo ha fallecido y el menor queda bajo la patria potestad exclusiva del yerno o nuera: no es extraño que entonces se manifiesten abiertamente conflictos y antipatías hasta ese momento solapados en consideración a la figura del cónyuge o hijo, y que faltando éste el viudo no vea ya razón para seguir en contacto con su familia política, sin parar mientes en las necesidades afectivas de sus propios hijos, unidos por un vínculo de innegable solidez a unos abuelos que hoy por hoy cada vez más —y pese a la tendencia a reducir el concepto de familia a la llamada «nuclear», esto es, padres e hijos— juegan un papel de indudable importancia en la educación y cuidados del menor, frecuentemente a ellos confiado por razones laborales o de otra índole.

La situación se hace más controvertida todavía en los supuestos en los que el padre encuentra una nueva pareja: ésta estará llamada a cubrir el vacío dejado por el progenitor fenecido al que, hasta cierto punto y sobre todo si el niño es de corta edad, se tratará de borrar de su memoria, tarea en la que el mantenimiento de contactos con la familia de aquél se mostrará altamente obstativo. De otra parte, de producirse la adopción del menor por parte del nuevo cónyuge, quedarían rotos los vínculos legales entre nietos y abuelos consanguíneos, que pasarían ocupar el *status* de meros allegados y frente a los cuales incluso podría alegarse por analogía la excepción al derecho de visita de los progenitores que el inciso primero del art. 160 hace en los casos de adopción.

Privados así de cualquier tipo de contacto con su nieta, los Sres. de S. interponen demanda de juicio de menor cuantía suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia *«declarando el derecho de los litigantes a comunicar y relacionarse con su nieta JUDIT A. S. en los siguientes términos: a) Puedan comunicar telefónicamente con la menor los lunes, miércoles y viernes, sin impedimento alguno en llamadas que no superen los diez minutos. b) Puedan tener consigo a la menor el primer domingo de cada mes desde las doce del mediodía hasta las ocho de la tarde. c) Puedan tener a la menor tres horas semanales de cinco a ocho de la tarde todos los jueves. d) Puedan tener a la menor en verano una semana consigo, respetando los periodos de vacaciones del*

padre de la niña» (A.H. 1.º); a lo que el padre se opuso solicitando la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Baracaldo falló en sentencia de 29 de julio de 1988 lo siguiente: «*teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en los hechos probados, y visto el convenio aportado de común acuerdo por las partes litigantes, así como el informe emitido por el Ministerio Fiscal, ha lugar la aprobación del convenio de fecha de 20 de mayo de 1988 en sus propios términos*» (A.H. 1.º). La existencia de este convenio así como su calificación y presuntos efectos procesales fundamentará gran parte de las reclamaciones posteriores del padre. Así, éste apelará ante la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao que, en sentencia de 17 de mayo de 1990 confirma íntegramente la dictada en Primera Instancia. Posteriormente recurrirá en casación, alegando hasta seis motivos (A.H.3.º) de abigarrada —y en algunos casos sorprendente— fundamentación legal, basándose preferentemente en aspectos procesales, en lo que el propio Tribunal Supremo califica con acierto de «*lucha procesal del recurrente contra una decisión razonada y razonable de la Audiencia respecto del régimen de relación familiar; olvidándose del derecho material que la regula (artículo 160.2 del Código Civil) y de que es favorable para el menor el trato con los abuelos*» (F.D. 4.º). En el fallo se confirma en todos sus pronunciamientos la sentencia de la Audiencia.

El comentario que sigue se centrará en las cuestiones sustantivas que en relación con la sentencia pueden suscitarse, aunque no siempre hayan sido expresamente abordadas en la misma. Finalmente se dará cuenta de la problemática procesal planteada.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LOS ABUELOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SUS NIETOS

En el motivo sexto del recurso —único relativo a cuestiones estrictamente sustantivas— don José María denunciaba al amparo del ordinal 5.º de la LEC aplicación indebida del art. 160 en relación con la infracción de los arts. 154, 156, 172, 1809, 1267, 1811, 1819 y concordantes del CC, así como del artículo 4 del mismo cuerpo legal. Aunque en el texto de la sentencia no encontramos referencia alguna a los razonamientos del recurrente, podemos colegir que arguyó la indebida aplicación del art. 160 en la medida que según él no se advirtió la existencia de una justa causa para impedir las relaciones entre Judit y sus abuelos, que eventualmente cifraría en la incompatibilidad de tales visitas con el contenido y ejercicio de su patria potestad sobre la niña (arts. 154 y 156) así como en la situación de desamparo a la que la menor estaría siendo expuesta al permitirse los contactos (art. 172). La referencia a los arts. 1809, 1811, 1819 —todos ellos en sede de transacción—

así como al art. 1267 —violencia e intimidación como vicios del consentimiento— parecen perseguir la nulidad de lo que él considera una transacción (4): el convenio presentado de común acuerdo al juez.

El tribunal no se extiende demasiado en la fundamentación del rechazo del motivo: comienza señalando que *«tan abigarrada mezcla de preceptos es causa de la desestimación del motivo (...) pues se incumplen los artículos 1709 y 1710 de la LEC, pero además es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta de cuya relación sólo por justa causa se le puede privar, y como en el caso de autos ninguna causa justa se ha acreditado no puede impedirse la relación, con cuya comunicación nada tienen que ver los preceptos de los arts. 1809, 1819, 1267 y 1811 del CC ni en nada quedan conculcados los demás preceptos citados. / Por todo ello no prospera la casación de la sentencia, aunque se mantenga incólume la posibilidad de modificar las relaciones si causas con suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración».*

En adelante se analizará la posición de los abuelos como candidatos a mantener relaciones personales con el menor, lo que pasa por el examen del art. 160 del CC; se tratará después de dar contenido a la «*justa causa*» merced a la cual la pretensión de los abuelos puede fenecer, debatiéndose en concreto la viabilidad de determinados motivos frecuentemente alegados con tal objeto y haciendo especial hincapié en el juego del interés del menor. Posteriormente, se abordarán la finalidad y contenido del derecho de visita de los abuelos así como las vías de fijación de su régimen, en concreto la figura del acuerdo o convenio entre los adultos. Por último se dará cuenta de la modificabilidad esencial de toda resolución que en tema de visita puede recaer.

1. Los abuelos como «otros parientes y allegados».

De acuerdo con el inciso segundo del art. 160 del Código Civil —precepto que tal y como afirma el Tribunal en su F.D. 4.º es el que regula la relación familiar discutida— *«no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados»*, continuando el inciso tercero que *«en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.»*

(4) En todo caso no se entiende la referencia en concreto al art. 1811 —transacción del tutor— y al 1819 —rescisión de la transacción celebrada en ignorancia de la existencia de una sentencia firme resolviendo la controversia—, pues no había tutor alguno implicado, y de otra parte el acuerdo catalogado erróneamente de transacción fue en todo caso anterior a la sentencia de Primera Instancia. Tampoco queda claro el juego que se pretendió dar al art. 4, quizá se persiguió denunciar una aplicación análoga de la regulación y valor de los convenios de separación o divorcio amistoso, indebidamente equiparados al mencionado acuerdo.

El precepto está consagrando la viabilidad de las relaciones personales entre un menor y cualquier pariente o allegado suyo pese a la oposición del o los titulares de la patria potestad (5), quienes no pueden hacer valer su derecho a velar por el niño o a tenerlo en su compañía para controlar y monopolizar de un modo absoluto la vida de relación de éste. Ello armoniza perfectamente con uno de los principios inspiradores de la Ley de Reforma del Código Civil 11/1981 de 13 de mayo (6) como es el respeto de la personalidad del hijo, sujeto a quien —en palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1979— «no puede impedirse una vida de relación, conforme a su edad, ni la visita de sus parientes, salvo si el juez decide lo contrario en algún caso y por especiales razones».

Así, la norma que nos ocupa, al ser estudiada en el contexto de las relaciones paterno-filiales, se ha presentado tanto como un límite a las potestades paternas (7), como como un derecho de los hijos (8) dentro de esa misma relación. De otra parte, el inciso tercero del precepto concede acción para reclamar en los casos de oposición paterna tanto al menor (9) como al pariente o allegado, a quienes se les está reconociendo a su vez un derecho a relacionarse con el niño de no apreciarse justa causa que descalifique su pretensión.

Es lugar común entre nuestra doctrina criticar la excesiva amplitud con la que el art. 160 define a los beneficiarios potenciales de tal

(5) O de la tutela en su caso: así ocurre en el litigio resuelto por el A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990, p. 1044).

(6) A la cual el inciso que nos ocupa debe su tenor. La Reforma de 11 de noviembre de 1987 únicamente cambió la numeración del artículo —hasta entonces 161—, eliminando asimismo la referencia que en su inciso primero se hacía a la adopción plena.

(7) Cfr. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, vol. 2.º, 3.ª ed., Bosch, 1989, p. 247; CASTÁN VÁZQUEZ: Comentario al art. 154 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, 1993, p. 547; ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*. T. IV, 6.ª ed., Bosch 1994, p. 291; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de familia*, Universidad complutense, 1989, p.529. En un tono más negativo se pronuncia DE PRADA GONZÁLEZ «La patria potestad tras la reforma del CC», *A.A.M.N.*, 1982, p.389; para quien la norma —sobre todo al concederse acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño— «significa una intromisión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad». Por su parte la Audiencia Provincial de Toledo desarrolla la idea en su sentencia de 3 de junio de 1994 (Colec. Vid. extracto *infra* p. 491).

(8) Cfr. SANCHO REBULLIDA en *op. cit.*, p. 250 y en «La patria potestad», en *VV.AA. El nuevo régimen de la familia*, II., Civitas 1981, p. 106.

(9) El reconocimiento de acción ejercitable por el propio menor —aspecto en el que la última reforma del CC operada por la L.O. 1/1996 de 15 de enero hace especial hincapié, modificando diversos preceptos en tal sentido— aun mereciendo juicio favorable, plantea no obstante dudas sobre su proyección práctica, dada la carencia de capacidad procesal por parte del menor.

derecho (10): se habla de parientes sin especificar el grado, y se introduce un concepto de contornos tan borrosos como es el de allegado, de modo que «*cualquier persona que se considere cercana al menor podrá invocar el derecho a relacionarse con él, pudiendo el Juez, en caso de oposición, resolver, atendidas las circunstancias*» (11). El tema no es abordado en la sentencia que nos ocupa: los demandantes en primera instancia de las visitas son los abuelos, parientes —junto a los hermanos— de mayor proximidad en grado tras los padres, por lo que, por muy restrictiva que fuese la interpretación que del art. 160.2 en este punto se pretendiese dar, necesariamente quedarían incluidos (12).

Tal especial vinculación parental —a la que el Código Civil atribuye efectos en otras sedes, como alimentos, tutela o sucesiones (13)—

(10) En tal sentido DE PRADA GONZÁLEZ en *op. cit.* p. 389; CASTÁN VÁZQUEZ en Comentario al art. 160 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, 1993, p. 556 y en Comentario al art. 161 en *Comentarios de Edersa* (dir. ALBALADEJO, 2.ª ed., 1982) p. 177; o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en Comentario al art. 161 en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos 1984, p.1076. Por su parte SANCHO REBULLIDA («La patria potestad», *cit.*, p. 98) advierte de la inseguridad jurídica que la expresión genera, así como su falta de sentido unívoco, aunque considera que la eventual ambigüedad no es grave «*dada la facultad decisoria del juez, dentro de un amplio arbitrio*» (Elementos..., *cit.*, p. 247).

(11) CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario al art. 160 en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, (1993), p. 556.

(12) De hecho en los primeros trabajos preparatorios de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, únicamente se consideraba a los abuelos como eventuales candidatos a tal derecho (*cf.* CASTÁN VÁZQUEZ, *op. ult. cit.*, p. 176); expresión que fue en un primer momento ampliada a los parientes en general, y posteriormente a los allegados, apareciendo ya en el Proyecto de 1979 el precepto en la redacción a la postre definitiva.

(13) En la fundamentación del derecho de visita de los abuelos se barajaron inicialmente tanto el abuso en el ejercicio de la patria potestad de los padres como «*una especie de correspondencia entre las obligaciones que competen a los abuelos, en defecto de los padres, respecto de su nieto, y el derecho y relaciones a que aspiran*» (RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 206).

Tal correspondencia ha sido retomada recientemente en la S.A.P. Barcelona (Secc. 11.ª) de 14 de mayo de 1992 (Colex), apoyada ahora en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño. Explica la Audiencia que tal precepto insiste «*en el respeto de las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada, familia ampliada en la que, en primer lugar se hallan precisamente los abuelos del menor —paternos y maternos—, que en virtud de lo expuesto, ostentan respecto del menor una serie de facultades, en consonancia con las obligaciones que la ley les impone, tendentes todas ellas a lograr el íntegro y armonioso desarrollo de la personalidad del menor*». Aunque es gratificante saber que nuestros Tribunales tienen en cuenta la Convención a la hora de resolver, la referencia al art. 5 de cara a fundamentar el derecho de visita de los abuelos resulta bastante forzada: el precepto aspira a preservar la autonomía de los padres en lo que a la educación y orientación de los hijos se refiere frente a indebidas injerencias del Estado: el inciso «*o, en su caso, de los miembros de la familia extensa o de la comunidad*», no se hallaba en la redacción originalmente propuesta, y su inclusión *a posteriori* pretende dar cobertura a los modelos familiares de determinadas culturas africanas o asiáticas en las

se añade a la relación afectiva que está en la base de todo derecho de visita para configurar su fundamento. Ello explica que los abuelos ocupen una posición privilegiada frente a otros parientes y allegados: declarar con carácter general, como ocurre en la sentencia, que «*es favorable para el menor el trato con los abuelos*» (F.D. 4.º), no puede hacerse extensivo sin más a otros allegados, y quizá ni siquiera a otros parientes de grado más lejano. Con ello no se está criticando la amplitud con que el art.160.2 concibe la vida de relación del menor (14), únicamente se persigue poner de manifiesto que nunca podrá considerarse bajo los mismos parámetros la pretensión de unos abuelos que la de unos tíos o la de una niñera, y ello porque el Juez, al resolver, lo hará «*atendidas las circunstancias*», y evidentemente las mismas no son equiparables.

Así, se ha señalado (15) la importancia de la existencia de relaciones previas entre el menor y el aspirante a la visita de cara a su concesión. Aunque en el caso concreto de Judit, la consideración de tal

que la familia extensa (el «clan») juega un papel mucho más relevante que en Occidente, y de hecho se pensó en supeditar expresamente el juego de esta segunda referencia a lo dispuesto por la costumbre local. (Cfr. DETRICK (ed.): *The UN Convention on The Rights of the child. A guide to the travaux préparatoires*. Martinus Nijhoff Publishers 1992, pp. 157 y ss.).

Otros posibles fundamentos manejados por la doctrina francesa han girado en torno al deber de respeto de los hijos a los padres (carente de virtualidad en casos como el de Judit, en los que el titular de la patria potestad es yerno de los demandantes), la existencia de una especie de patria potestad atenuada de los abuelos sobre los nietos (que les legitimaría para «controlar» el ejercicio por parte de los padres de la patria potestad y en el caso de que el *modus vivendi* de éstos no fuese el más adecuado le brindaría al niño la posibilidad de conocer la indignidad de sus padres, evitándosele el crecer de acuerdo a parámetros socio-culturales equivocados) o incluso el interés de la sociedad en la unidad de la familia. (Vid. referencias en FULCHIRON: voz «Autorité Parentale» en *Encyclopédie Juridique Dalloz Civile*, T. II, 1991, § 70 o en GARÉ: *Les grands-parents dans le droit de famille*, C.N.R.S. 1989, p. 208 y ss.). No obstante en la actualidad, la fundamentación del derecho de visita de los abuelos tiende a cifrarse en la expuesta en el texto principal: el estrecho vínculo de parentesco que une a nieto y abuelos y en la afectividad inherente a éste.

(14) Muy al contrario me merece un juicio favorable, pues demuestra que nuestro legislador fue consciente de que la vida de un niño no tiene porqué circunscribirse a su esfera familiar y puede verse enriquecida merced al contacto con otras personas, y de hecho la realidad demuestra que en no pocas ocasiones en el desarrollo del menor pueden tener influencia decisiva personas a las que no le une relación jurídica o biológica alguna, siendo contrario a su interés apartarlo totalmente de ellas. En tal sentido la valoración que del precepto hace SANCHO REBULLIDA (vid. nota 10) me parece la más adecuada.

De otra parte, el que el art. 160 reconozca este derecho no significa que su régimen haya de ser el mismo que el que se concede a un padre, y lógicamente no puede serlo. Evidentemente sería excesivo que a una antigua niñera se le permitiese visitar semanalmente a un niño, tenerlo fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, pero no cabe decir lo mismo de autorizar a interesarse telefónicamente por el niño cada mes y pasar dos o tres horas con él visitándolo cada dos o tres meses, y no se olvide que consentir ésto sería igualmente conceder un derecho de visita.

(15) GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 248.

circunstancia favorecía las pretensiones de sus abuelos (a quienes el padre no dudó en recurrir tras el fallecimiento de su esposa), pudiera ser que relaciones tan intensas no hubiesen existido (16), y aun así se autorizasen las visitas de unos abuelos —lógicamente en un régimen más limitado— en atención a esa vinculación especial. Quizá pudiera decirse, aunque no con tanta contundencia como se hace respecto de los padres, que las relaciones personales de nietos y abuelos encuentran fundamento también en «la naturaleza de las cosas» (17).

El especial vínculo que une a abuelos y nietos ha justificado en Francia que sus relaciones con el menor sean consideradas con independencia de las de otros parientes y allegados y contempladas en términos más amplios y flexibles. Así, el art. 371.4 del *Code Civil*, —cuya redacción indudablemente ha influido en la de nuestro 160.2 (18)— reza «*el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones del niño con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes, las modalidades de esta relación son reguladas por el juez de familia*» continuando su segundo inciso «*en consideración a circunstancias excepcionales, el juez de familia puede conceder un derecho a mantener correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no*» (19).

El precepto no hace sino positivizar una postura jurisprudencial consolidada: a los ascendientes se les venía reconociendo un derecho a comunicar con sus nietos en un sentido cada vez más amplio y sus visitas eran las únicas que la jurisprudencia antigua no consideraba un ataque a la patria potestad de los padres y las concedía siempre salvo que el guardador reluctante a tales relaciones demostrase que concurrían motivos graves que descalificasen su conveniencia. Ello era y es así porque se presume que el contacto con los abuelos es beneficioso y enriquecedor para el menor: dado el estrecho parentesco que les une la vinculación afectiva y las buenas intenciones de los abuelos para con el niño se sobreentienden, recurriéndose incluso a la fundamentación en el Derecho Natural (20).

(16) Por ejemplo abuelos residentes en otra localidad, o menor de muy corta edad.

(17) Así explicaba SAVATIER (Nota a la s. de la *Cour de Cassation* de 22 de marzo de 1961, D. 1961, Jur., p. 521) que «*al igual que el padre y la madre, los ascendientes, aunque en un menor grado, son considerados por la Cour de Cassation como titulares naturales de un atributo familiar, unido, más en general, a los atributos generales de sus personas*». Un ejemplo de la fundamentación jurisprudencial del derecho de visita en el Derecho Natural se halla en la sentencia de la sala primera civil de la *Cour de Cassation* de 8 de junio de 1963 (D. 1964, Somm. 2).

(18) Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario al art. 161 en Comentarios de EDER-SA (dir. ALBALADEJO), tomo 176.

(19) La norma es fruto de la *Loi du 4 juillet 1970 sur l'autorité parentale*.

(20) Vid. nota 17.

Los abuelos, en su calidad de ascendientes serían pues —en categorización propuesta por VINEY (21)— junto a padres y eventualmente otros ascendientes de mayor grado (bisabuelos) los únicos «beneficiarios de principio» de un derecho de visita con el menor, quedando los colaterales y los allegados en general reducidos a la categoría de «beneficiarios virtuales» de tal derecho, en la medida que lo excepcional en este caso será la disposición a su favor de un régimen de relaciones, y en consecuencia deberán ser ellos los que prueben fehacientemente la conveniencia para el niño de las mismas, que en ningún caso podrán extenderse más allá de la comunicación epistolar y de las visitas *strictu sensu*, quedando pues fuera las estancias.

Aunque la distinción francesa tiene un fundamento innegable y contribuye a poner de manifiesto la especial posición ocupada por los abuelos, no la considero imprescindible en la medida que, como ya he apuntado, la condición de abuelos sin duda será una de las circunstancias, —y de extraordinario peso—, a tomar en cuenta por el juzgador a la hora de apreciar la conveniencia de las visitas, determinar su extensión e incluso, como se pondrá de manifiesto más tarde, abordar desde una perspectiva u otra la predicada subordinación del derecho de visita al interés del menor. En la práctica, las consecuencias a las que se llegarán merced a la interpretación de nuestro art. 160 serán las mismas: se concederán las visitas a los abuelos incluyendo estancias salvo que una razón excepcional lo desaconseje, y sólo se reconocerá el derecho de los allegados de existir una motivación especial que lo justifique y raramente se les autorizarán pernóctas.

2. La «justa causa» obstativa del derecho a relacionarse.

Ya hemos visto como el Tribunal afirmaba que «*es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta de cuya relación sólo por justa causa se les puede privar, y como en el caso de autos ninguna causa justa se ha acreditado no puede impedirse la relación*» (F.D. 5.º), el problema surge a la hora de determinar qué debe entenderse por justa causa. Puede adelantarse que cuando las visitas no casan con el interés de menor existe justa causa para prohibirlas, pero antes de tratar sobre tan controvertida noción estudiaremos argumentos más concretos en virtud de los cuales podría defenderse la existencia de justa causa —o «razones especiales» en palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1979— susceptible de frustrar el derecho de visita.

A) Delimitación negativa.

a) Apreciaciones subjetivas del guardador sobre lo nocivo de las visitas.— De entrada no son justa causa las meras conjeturas y elucubraciones del guardador del menor sobre la negativa influencia de las visitas. Como señala RIVERO (22), la perniciosidad de las visitas para

(21) «Du droit de visite», *R.T.D.C.* 1965, p. 234 y ss.

(22) *Op. cit.* p. 177.

el menor deberá ser actual y no meramente potencial, recayendo la prueba de la realidad de dicha causa sobre el sujeto que se opone a las relaciones (23), prueba que deberá ser lo suficientemente contundente y objetiva: la alegación sin apoyos fácticos de cuidados deficientes, trastornos psicológicos o incluso la mera invocación de una noción tan difusa y tan susceptible de ser interpretada en función de los deseos de los adultos como es la del interés del menor, hipotéticamente contrariado de autorizarse las relaciones, no es de recibo.

Así, la S.A.P. Valencia de 15 de junio de 1991 (R.G.D. 1991, p. 10917), resolviendo sobre el derecho de visita de una abuela, declara que «*no hay justa causa que impida la relación personal que la demandante invoca, pues no puede tenerse por tal ni la animadversión que entre las partes existe, ni meras conjeturas sobre malévolas influencias de la abuela sobre la menor con relación a la muerte de su padre (...) ni la supuesta despreocupación de la actora para con su nieta que, como única causa justa impeditiva del derecho de comunicación, se alega en el escrito de la demanda, pues la prueba practicada ha demostrado, como bien valora el Juzgador a quo, el interés que aquélla siempre ha tenido en ver a la menor, lo que le ha sido impedido por la madre*».

b) Las tensiones entre adultos.— Una de las directrices que se viene afirmando a la hora de abordar la cuestión del interés del menor es la necesidad de que éste crezca y se desarrolle «*en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*» (24); de acuerdo con ello, ¿hasta qué punto pueden considerarse las desaveniencias entre guardador y visitante motivo suficiente para denegar las visitas? El tribunal en la sentencia que comentamos deja patente su postura cuando, tras rechazar en su totalidad el recurso, hace referencia a la modificabilidad en el futuro de lo resuelto «*si causas de suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración*» (F.D. 4.º) (25). Una solución distinta sería —a reserva de matizaciones posteriores— absurda, en la medida que los tribunales sólo entrarán a conocer de la cuestión cuando las relaciones entre el guardador y el visitante hayan alcanzado un grado de deterioro tal que no quepa diálogo alguno entre ellos. Las partes suelen olvidar que —tal y

(23) Vid. S.T.S. de 21 de julio de 1993 (C.L. 771) sobre visita de una madre natural.

(24) Pár. quinto del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. Doctrinalmente, la necesidad de un ambiente pacífico para el adecuado desarrollo del menor fue tempranamente puesta de manifiesto por DONNIER «*L'interêt de l'enfant*», D. 1959, Chr. XXVI, p.182.

(25) Tal y como se aprecia en el extracto transcrito, la «animadversión entre las partes» también es rechazada en la S.A.P. Valencia de 15 de junio de 1991, caso en el que la misma tuvo incluso un efecto favorable para las pretensiones de la abuela paterna, pues fue argumentada por la Audiencia como razón que apoyaba lo inconveniente de que la madre estuviera presente mientras tenían lugar las visitas.

como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, n.º 749)—, la intervención judicial en estos casos no persigue «*calmar tan encrespadas actitudes, sino determinar el interés superior y preferente del menor y su más adecuado desarrollo y formación*».

No obstante no cabe negar que la desestabilización del menor —al que se le estaría obligando a jugar el papel de «árbitro» entre sus mayores— es un argumento de peso. Así pues, sin descartar totalmente la viabilidad de la denegación o supresión de las visitas en tamaño testitura (26), la situación debería ser realmente extrema y el juzgador habrá de examinarla cuidadosamente, siendo un factor a tener en cuenta la moralidad —el sentido común si se quiere— del visitante, en la medida que cupiera esperar de él, a pesar de lo irreconciliable de su postura con la del guardador, que no transmitiera al menor la tensión y el odio que a aquél le enfrentan (27). Va de suyo que el grado de vinculación existente entre menor y visitante será un factor a tener muy en cuenta en estos casos: padres y abuelos estarán más inmunes al alegato de la «tensión perniciosa para el menor» que colaterales y otros allegados.

c) Incompatibilidad de las visitas con la patria potestad del padre.— Otro aspecto de la interpretación de la «justa causa» habilitante para obstaculizar las relaciones entre nieto y abuelos íntimamente

(26) Que de hecho ha sido aceptada por los tribunales en alguna ocasión: así en la S.T.S. de 21 de julio de 1993 (C.L. 771) resolviendo sobre visita de una madre natural. La misma es comentada por GARCÍA PASTOR en «El derecho de visita en circunstancias excepcionales», A.C., 1995, XXVII, p. 753 y ss. La autora examina la cuestión de la operatividad de las malas relaciones entre los padres como motivo de denegación de las visitas y pone de manifiesto lo aislado del criterio sostenido por la sentencia citada, censurándolo abiertamente.

Por su parte, el A.A.P. Barcelona de 18 de febrero de 1991 (R.J.C. 1991, p. 270) —en un caso de visita de la abuela paterna consaguínea de una menor adoptada dentro de la familia de la madre— justifica la no práctica de la prueba pericial sobre la niña propuesta por la abuela porque no influiría en la resolución «*ya que la enseñanza que se ha adquirido con la práctica (relaciones anteriores de la niña con esa ascendiente en los días que se concretaban en la resolución del Tribunal Tutelar de Menores) vienen a demostrar que han sido la causa de graves enfrentamientos entre dos grupos familiares (...) lo que determinó en algunos casos la intervención de la policía y de otras instituciones públicas, situación conflictiva que en nada favorece la estabilidad emocional de la menor que debe permanecer ajena a estos problemas familiares y crecer en un ambiente de amor y comprensión integrada en el ámbito de la familia que la ha adoptado*».

(27) Tal fue la postura adoptada por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 17 de mayo de 1972 (D 1972, Som. Jur. p. 162). En ella se reconoce derecho de visita al segundo marido de la abuela del menor, quien mantenía relaciones habituales con el menor «*hasta el día en el que las relaciones con los padres del niño fueron interrumpidas a consecuencia de una diferencia profesional respecto de la cual el niño debe permanecer extraño, y las cualidades morales del demandante permiten estimar que, al reencontrarse al niño, se guardará bien de mezclarlo en la desaveniencia actual*».

relacionado con el anterior es la eventual incompatibilidad de las mismas con el ejercicio o incluso el contenido de la patria potestad del padre. Así, en el motivo sexto la incorrecta aplicación del art. 160.2 se pone en relación con la infracción de los arts. 154 y 156 del CC. Aunque el Tribunal no hace ningún tipo de apreciación sobre la cuestión —se limita a declarar que los preceptos citados en nada han sido conculcados—, procede hacer alguna de observación.

El derecho de visita en sus albores se fundamentó en el abuso de la patria potestad por parte del progenitor que contumazmente y carente de justificación alguna impedía las relaciones del menor con sus abuelos. Así ocurría en la mencionada sentencia de la *Cour de Cassation* de 8 de julio de 1857 y nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 1935 (C.L. 104) —aun sin resolver directamente sobre visitas— declaró que «*el hecho probado de la prohibición (por parte del padre viudo) de comunicarse con su abuela, (...) dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña*». (6.º Cdo.)

El hecho de que tamaña fundamentación haya quedado ya superada y se reconozca al derecho de visita una sustantividad propia y naturaleza de derecho autónomo y no de mero límite a la patria potestad, no obsta para que, como se ha visto (28), la viabilidad de las relaciones personales del menor con otros sujetos pese a la oposición del titular de la patria potestad se erija como una limitación a las facultades que la misma concede.

La cuestión es abordada en la S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), en cuyo F.D. 1.º se comienza reflexionando sobre el carácter tuitivo de la patria potestad y se destaca que el haz de facultades que la institución concede se proyecta siempre en interés o beneficio de los hijos y que ha de ejercerse de acuerdo a la personalidad de estos, sin que «*sean atribuidas a los titulares para que las ejerzan en su propio interés*». Se pasa después a examinar en concreto el derecho-deber de «velar por los hijos», predicando respecto al mismo que «*comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y supone, por tanto, para sus titulares el control efectivo de la vida de relación del mismo, con la consecuencia de poder actuar con arbitrio o discrecionalidad (no con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular*». Se indica a continuación que sobre esta facultad —que como todas las demás deberá ejercitarse con el interés del menor como parámetro— pesa una doble limitación legal, el respeto a la personalidad del hijo y la disposición contenida en el art. 160, manifestándose que en el mismo «*se reconoce claramente la existencia de un derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con el nieto y éste con ellos, al que los padres no podrán oponerse so pretexto de incompatibilidad con el ejercicio de sus propias facultades como*

(28) *Supra* apartado II. 1.

titulares de la patria potestad, sino solamente alegando y demostrando la existencia de motivos graves (justa causa), en cuyo caso habrá de decidir el Juez o Tribunal a petición del menor o del padre o allegado».

En cualquier caso, el derecho de visita de los abuelos no debe considerarse incompatible con el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres siempre y cuando aquéllos no se extralimiten en las facultades que el derecho de visita les confiere: sabido es que nos hallamos ante un «derecho de naturaleza, o mejor, contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin» (29): la finalidad del mismo es pues abrir un cauce a la expresión del afecto que por el menor sienten aquéllos que con él desean relacionarse, y a la demostración de ese cariño deberá constreñirse: si el titular de la visita tratase de influir sobre la educación y formación del menor, las visitas entrarían en conflicto con el derecho que el art. 154 reconoce en exclusiva a los padres de educar a sus hijos y procurarles una formación integral de acuerdo a sus convicciones de todo tipo —morales, religiosas, ideológicas, etc.— (30) y sería motivo de una limitación e incluso —cierto es que en circunstancias de extraordinaria gravedad— suspensión del mismo, y ello una vez más porque sometiéndolo a tendencias contradictorias se estaría perjudicando al menor. En cualquier caso es innegable que fruto del contacto entre menor y abuelos aquél se verá influido por éstos —especialmente si se han previsto estancias—, y el hecho de que el niño acumule distintas percepciones y enfoques deberá considerarse en principio enriquecedor para él; no obstante la valoración cambiará de signo en aquellos supuestos en los que las referencias vivenciales que obtiene el menor de sus padres choquen directamente con las de los titulares de la patria potestad, máxime si hay descalificaciones directas al proceder

(29) GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 247.

(30) Así, SAYAG («Les grands-parents dans le Droit de famille», *R.T.D.C.*, 1969, p.56) al tratar el derecho de visita de los abuelos, pone de manifiesto lo inviable de que el Derecho decida merced a disposiciones generales sobre este tipo de casos, a pesar de lo cual extrae dos proposiciones generales que el juez habrá siempre de retener: la condición de abuelo es título suficiente para limitar la patria potestad en lo concerniente al derecho de comunicarse con el niño, pero carece de virtualidad alguna en lo que al control de la educación del niño se refiere. Por su parte y desde la perspectiva estadounidense, LEVY («Rights and responsibilities for extended family members», *F.Q.L.R.*, vol. 27, N.º. 2; p. 202) señala como uno de los argumentos apuntados por los estudiosos de ese país para justificar y no temer la tendencia que en diversos Estados de la Unión se ha manifestado hacia dotar de *status* legal al derecho de visita de los abuelos el que, dado que la mayoría de los abuelos sólo aspirarán a tener al niño consigo en régimen de estancia, (el más susceptible a eventuales influencias) en ocasiones especiales y contadas (vacaciones, días especiales, etc.), en la mayoría de los casos no cabe temer que interfieran indebidamente en la autonomía de los padres respecto a la educación de su hijo.

o ideas de éstos de por medio cuando no apreciaciones peyorativas sobre su persona. Será entonces cuando la conveniencia de las relaciones habrá de replantearse, en la medida que someter al niño a tendencias ántagónicas crearía en él conflictos que en nada contribuirían a la atmósfera estable, pacífica y armónica en la que éste debe crecer: sería contrario a su interés.

d) Por último y como veremos más adelante (31), la mera expresión por parte del menor de su voluntad de no querer comunicar con los abuelos sin mayores justificaciones no constituye por sí sola causa justa para denegar el derecho.

B) *Posible contenido de la justa causa.*

Uno de los preceptos que en el recurso se citan como infringidos en relación con el art. 160.2 es el 172, sede de la definición legal de desamparo: en consecuencia podemos colegir que el padre hizo valer que a la niña se la ponía en tal tesitura al permitirse las relaciones con sus abuelos (32). Desde luego una de las posibles interpretaciones de la «justa causa» del art. 160.2 es su reconducción a la situación «*que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*» (33). Está claro que sumergir al niño merced a las visitas en una situación susceptible de ser calificada de desamparo será motivo suficiente para negarlas, pero no parece necesario llegar a un estado tan extremo: resulta desproporcionado exigir lo mismo para privar de un derecho de visita a un abuelo —o cualquier otro pariente o allegado— que para suspender la patria potestad a unos padres y separarlos de sus hijos: evidentemente la «justa causa» del art. 160.2 no parece ser tan rigurosa en sus exigencias, y bastará con comprometer la estabilidad emocional y adecuado desarrollo del niño —su interés en último término— en menor medida.

(31) P. 498 y s.

(32) En el F.D. 4.º hallamos unas referencias no muy explícitas a la tramitación por la Diputación Foral de expedientes incoados por el padre denunciando hipotéticos malos tratos a la menor por parte de sus abuelos.

(33) En Francia, COLOMBET («Commentaire de la *Loi du 4-6-1970 sur l'autorité parentale*», D. 1971, Chr. I, p. 9), propugnando una interpretación restrictiva de los «motivos graves» a los que hace referencia el art.371.4, los reconduce a las causas que justifican la adopción de «una medida de asistencia educativa» por parte de las autoridades sobre el menor. El paralelo más próximo de su postura en nuestro ordenamiento sería referir la interpretación de «justa causa» a la situación que motiva la adopción de una medida en situación de riesgo del menor (art. 17 de la L.O. 1/1996) o una declaración de desamparo.

Nada obstaría a aplicar por analogía las causas de suspensión del derecho de visita de los progenitores (34) que para los casos de separación, nulidad y divorcio prevé el art. 94 del CC. De las dos que el precepto cita —presencia de motivos graves que así lo aconsejasen o incumplimiento grave y reiterado de los deberes de la resolución judicial—, sólo nos sería de utilidad la primera, con la que tampoco avanzamos excesivamente en la concreción de la «justa causa», pues el mismo problema interpretativo se nos plantea respecto a lo que debe considerarse «motivos graves» (35).

RIVERO HERNÁNDEZ (36) —tratando conjuntamente la causa justa del art. 160 y los motivos graves del 94— señala que éstos deberán ser no sólo graves, sino además «serios, legítimos y actuales, más que potenciales», debiendo el juez valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconseja». Por su parte el Tribunal Supremo tiene declarado que el derecho de visita del progenitor sólo cede «en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del niño» (37), criterio que muy bien podría ser retenido como punto de referencia teniendo en cuenta que en buena lógica la apreciación del grado que tal peligro debe alcanzar será más estricta respecto a los abuelos que respecto a los padres y que en cualquier caso habrá de estarse siempre a lo que el interés de ese menor en concreto demande: lo que para un niño puede ser muy traumático puede no serlo tanto para otro, siendo necesario para el primero la suspensión total de las visitas y bastando para el segundo el establecimiento de un régimen limitado.

C) *El papel del interés del menor y su voluntad.*

Al revisar los posibles contenidos de la justa causa, hemos visto cómo en muchos casos el que un determinado hecho objetivo (malas

(34) La aplicación analógica de las causas de denegación o suspensión de las visitas de los padres a las de otras personas está expresamente reconocida en el art. 274 a. del Código Civil suizo. En cualquier caso, es lógico esperar que la rigidez de los tribunales a la hora de aquilatar la gravedad de las causas aducidas varíe según el tipo de relación que una al menor con el aspirante a las visitas: puede que lo que constituya motivo bastante para negar las relaciones con los abuelos no alcance entidad suficiente de tratarse de un padre, o que lo que se alegue como justa causa sea efectivo frente a un allegado o colateral pero insuficiente respecto a un ascendiente.

(35) La remisión contenida en el Código civil suizo se revela de mayor utilidad, en tanto cuanto su artículo 274, junto a una cláusula general, enumera hasta tres supuestos en los que el progenitor verá sus relaciones con el menor frustradas: «si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si el padre o la madre que las mantienen violan sus obligaciones, si no se han preocupado seriamente del niño o si existen otros motivos justos el derecho a mantener estas relaciones les puede ser negado o reiterado»

(36) «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria» en RIVERO HERNÁNDEZ, *et al. op.cit.*, p. 177 y s.

(37) S.T.S. de 19 de octubre de 1992 (A. 8083).

relaciones entre los adultos, sometimiento del menor a directrices opuestas a las de los guardadores, eventuales perjuicios psicológicos) revista o no la gravedad necesaria para dar al traste con las relaciones dependerá de un parámetro subjetivo como es el del interés o beneficio del menor, que también condicionará la extensión del régimen de visitas, su ejercicio y su eventual modificación; y todo ello sin necesidad de que el Código lo indique expresamente (38), porque sin duda y aun antes de que entrase en vigor la Convención de los Derechos del Niño (39) en nuestro país, nos hallamos ante un principio general del Derecho (40) que baña todos aquellos sectores del ordenamiento que afecten de un modo u otro a los menores.

Considero que el problema del parámetro del interés o beneficio del menor radica no tanto en su definición abstracta —supondría optar por aquella medida o decisión que más favorezca el desarrollo armónico y equilibrado del menor como futuro adulto—, sino en su concreción práctica en cada caso y en los posibles criterios a seguir para lograr la misma (41). En último término, no cabe negar que la percepción subjetiva que del interés del niño se haya formado el juzgador —sin duda condicionada por sus vivencias personales— será la que prevalecerá (42): la decisión final habrá de ser forzosamente discrecional, pero jamás arbitraria.

(38) A diferencia del art. 274 a. del Código Civil suizo: «*En circunstancias excepcionales el derecho a mantener relaciones personales puede también concederse a otras personas, en particular a miembros de la familia, a condición de que sea en el interés del menor*».

(39) Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991). El interés del menor se considera uno de los principios inspiradores de la misma, y en concreto su art. 3 ordena que «*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será siempre el interés superior del niño*».

(40) Cfr. respecto a Francia el temprano artículo de DONNIER precitado, p. 179.

(41) Una referencia a los distintos criterios teóricos de determinación propuestos por la doctrina, factores considerados a retener, órdenes de prioridad establecidos, críticas a la noción etc. puede hallarse en Salanova Villanueva «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», *Derecho privado y Constitución*, 1995, n.º 7, pp. 285 y ss.

(42) Aunque, como apunta Díez PICAZO (*Familia y Derecho*. Civitas, 1984, p. 176), las creencias de los órganos jurisdiccionales no sean decisivas a la hora de determinar lo que el interés del menor realmente exige, son *de facto* las que se imponen.

Asumida tal realidad, será de extraordinaria importancia ilustrar al juzgador al máximo sobre las circunstancias del caso: se entiende así lo preceptivo de la participación del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses del menor, lo imprescindible de la exploración del menor tanto directamente por el juez como por personal especializado, lo oportuno de que los adultos implicados argumenten sobre las bases en las que apoyan sus pretensiones, etc.

En la misma sin duda influirá la perspectiva desde la que se aborde la relación existente entre el derecho de visita y el interés del menor, y personalmente creo que ésta no será la misma según se trate de progenitores y en menor medida abuelos, o de otros colaterales o meros allegados. La cuestión a plantearse sería, ¿es necesario que las relaciones personales beneficien objetivamente al menor, o basta simplemente que no le sean perjudiciales?

La primera alternativa partiría de una total subordinación de las visitas al beneficio del menor, erigiéndose éste en fundamento de las mismas (43): sólo se concederían si objetivamente se demuestra que el menor va a obtener algún tipo de beneficio de las mismas, que su educación, su formación y desarrollo se verían favorecidos. Tal postura parte de una concepción peyorativa del instituto de la visita considerada *a priori* como negativa y perturbadora, que sólo en razón de condicionantes excepcionales procede conceder: el menor debería estar vinculado al solicitante del régimen de visitas al punto tal que una ruptura de sus relaciones con aquél le irrogase un grave perjuicio. El argumento pudiera ser aceptable en el caso de colaterales y demás allegados, pero resulta claramente excesivo cuando de progenitores se trata, apreciación que cabe hacer extensiva a los abuelos. Y ello porque respecto de los ascendientes el parentesco directo que les une permite presumir que las relaciones personales con ellos van a beneficiar al menor, y ello les concede un «título» (44) en razón del cual pueden aspirar legítimamente a las visitas, y quien lo ponga en tela de juicio habrá de dar cumplida prueba de ello.

Así pues, en el caso de ascendientes la relación a establecer entre interés del menor y relaciones personales es diferente: se parte del reconocimiento a los eventuales visitantes de un interés legítimo a comunicar con el menor, interés que deberá de tratar de compatibilizarse con el bienestar del menor y sólo de revelarse inviable tal composición prevalecerá el interés de éste último frustrándose las pretensiones de los primeros (45).

(43) Es indudable que el derecho de visita viene en gran parte determinado por el interés del menor, a pesar de lo cual doctrinalmente se ha descartado su consideración como fundamento único del mismo. *Vid.* entre nosotros RIVERO HERNÁNDEZ (*op. cit.* p. 220, donde considera que tamaña fundamentación es por sí sola incompleta o insuficiente).

(44) *Cfr.* VINEY, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

(45) En esta composición o «compatibilización» de intereses, ¿deben también considerarse los de el guardador del menor? Quizá BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*op. cit.*, p. 1076) al hacer referencia a la ponderación del interés del menor con los «llamados intereses familiares» lo esté sugiriendo. La cuestión no carece de interés, sobre todo en los casos de binubía como el que nos ocupa, en los que los contactos del niño con la familia del progenitor fallecido pueden molestar al padrastro o madrastra, e interferir negativamente en la relación de pareja. Personalmente considero que los intereses, o mejor, las circunstancias del guardador y su entorno deberán tenerse en cuenta a la hora de articular el régimen de visitas en lo que a horarios, períodos de vacaciones y extremos similares se refiere, pero no deben influir a la hora de juzgar la conveniencia o no de la existencia de la relación en sí. Ahora bien, no cabe negar que los intereses y posturas de los adultos con los que convive van a afectar al menor, y, en forma de tensiones desestabilizadoras para el niño, tales intereses acabarán siendo relevantes.

Ya no se requiere que el niño reciba algún tipo de provecho de las visitas, basta que no se vea dañado por ellas (46).

Y en el caso de los padres, incluso podría ser que las visitas causasen algún tipo de desestabilización en el menor y aún así ser legítimo concederlas, lógicamente en régimen limitado e incluso estableciendo algún tipo de medida que en principio debe descartarse en la articulación de las visitas como sería la presencia de otro adulto durante las mismas. No se olvide que el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice expresamente que la consideración del interés del niño será una de las que deberá ser atendida, pero no la única, y que tiene carácter primordial, pero no fundamental: de hecho la expresión fue buscada intencionalmente por el grupo redactor, consciente de que en determinados supuestos podían concurrir intereses y consideraciones que prevaleciesen sobre el beneficio del menor (47).

Desde mi punto de vista ahí radicaría una de las fundamentales diferencias entre la posición de los abuelos y la de los padres: a aquéllos les basta con que sus contactos no perjudiquen al menor, pero de demostrarse la existencia de efectos nocivos para el niño, su interés no tiene peso suficiente para desplazar aun parcialmente al de menor; mientras que en el caso de los padres, siempre y cuando las alteraciones padecidas por el menor no fueran traumáticas en exceso, deberían consentirse las visitas, con las cautelas arriba apuntadas. Así, en último término en función de la proximidad de parentesco variarían el juego del interés del menor.

La cuestión del interés del menor y su determinación nos conduce irremisiblemente al peso que en la determinación del mismo pueden tener sus deseos y voluntad. Ya de entrada el art. 154 en su inciso tercero dispone que «*si los hijos tuviesen suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*». Así de entrada el titular de la patria potestad, al tomar postura sobre si debe o no combatir la solicitud de las visitas, debería tener en cuenta lo que el menor siente respecto a ello (48). No obstante la audiencia del menor no queda constreñida al ámbito familiar: en el proceso en el que se resuelva sobre la conveniencia o no de las relaciones el menor deberá ser explorado de cara a determinar los posibles efectos que sobre él una decisión afirmativa o negativa pudiera tener.

La audiencia a los hijos está expresamente reconocida en el art. 92 en lo que a los procesos de separación, nulidad o divorcio se refiere, disposición perfectamente trasladable a aquéllos en los que se discute

(46) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 123.

(47) Cfr. DETRICK, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

(48) Cfr. SANCHO REBULLIDA, «La patria potestad», *cit.*, p. 106.

únicamente sobre la visita de otros parientes y allegados; siendo en cualquier caso la audiencia preceptiva atendiendo al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (49), cuyo paralelo en nuestro ordenamiento interno se localiza en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo inciso primero expresa que *«el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social»*, y no cabe duda de que el caso que nos ocupa es uno de los que afectan directamente a dichas esferas de la existencia del menor.

Desgraciadamente no consta si en el caso que desemboca en la sentencia objeto de comentario se procedió a la audiencia de la niña: en el A.H. 1.º se dice que se practicaron aquellas pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, pero no se especifica si entre ellas figuraba la exploración de Judit, de la que de hecho desconocemos aun de modo aproximado un dato de tanta relevancia como puede ser en estos casos la edad (50), pues la misma será uno de los factores —aunque no constituya un parámetro seguro— a retener de cara a valorar los pareceres vertidos por el menor (51).

Tal valoración se revela de extraordinaria complejidad, de una parte porque lo que el menor realmente desea no tiene porqué ser lo más adecuado para él, y precisamente por su condición de ser humano que todavía no ha alcanzado un pleno desarrollo intelectual y emocional necesita ser protegido frente a inclinaciones que podrían revelarse perniciosas para él. De otra parte, el niño es especialmente permeable a las influencias de aquéllos de los que depende, y en no pocas ocasiones

(49) *«1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, en función de la edad y madurez del niño. / 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»*

(50) Ni siquiera de modo aproximado, pues nada se dice ni de la fecha del matrimonio de los padres, ni de la del fallecimiento de la madre, ni sobre la extensión del período durante el cual convivió con los abuelos.

(51) Ello no supone condicionar la necesidad de la audiencia a que el menor haya alcanzado una determinada edad que haga pensar que dispone ya de juicio suficiente para opinar razonablemente: el niño deberá ser escuchado siempre salvo que careciese de la destreza lingüística necesaria para expresarse o por cualquier otro motivo se hallase imposibilitado para ello. De hecho el art. 9 de la L.O. 1/1996 no supedita la audiencia a poseer determinada edad o a haber alcanzado especial grado de madurez, y la referencia que en el art. 12 de la Convención se hace a las mismas opera a la hora de tomar en cuenta, de respetar en mayor o menor medida las opiniones del niño.

lo que manifieste no será lo que él quiere o desea, sino aquéllo que el adulto con el que convive le ha enseñado que tiene que decir (52). Es innegable que las dudas sobre la libre formación de la voluntad del menor existirán siempre, y así RIVERO HERNÁNDEZ (53) advierte que la simple negativa del menor, huérfana de razones o motivos medianamente suficientes, no puede ser aceptada sin más.

Queda claro pues, que audiencia del menor no significa respeto fiel a lo expresado por él durante la misma, y de hecho no faltan decisiones en las que se ha concedido un régimen de visitas a favor de abuelos a pesar de la oposición manifestada en juicio por el menor interesado, aunque la misma haya motivado la previsión de un régimen de visitas más modesto.

En el caso resuelto por la S.A.P. Barcelona (Secc. 1.ª) de 14 de mayo de 1992 (Colex), el juez de Primera Instancia había desestimado íntegramente la demanda de los abuelos basándose únicamente en su exploración judicial del menor. Frente a ello la Audiencia establece un mínimo régimen de visitas explicando que la *«justa causa debe ser racionalmente apreciada por el juzgador, en base, naturalmente, entre otras consideraciones, a la exploración práctica del menor, pero no exclusivamente a ella, sobre todo cuando, por su corta edad, no da un motivo convincente para justificar su negativa, limitándose a sollozar, lo cual puede obedecer tanto a motivos suficientemente razonables como a prejuicios inculcados por el progenitor con el que el menor convive bajo su exclusiva patria potestad»*. En similar sentido se pronuncia el A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990. p. 1044).

En todo caso, no debe perderse de vista que la negativa del menor cobrará mayor relevancia cuanto más lejano sea el parentesco que al visitante le vincula —pudiendo incluso ser decisiva en el caso de meros allegados— o menor sea la intensidad de la relación afectiva que con éste mantenía.

En otro orden de cosas, conforme el niño crezca, su voluntad irá ganando fuerza hasta el punto de que no cabrá imponerle ni denegarle relaciones con sus parientes o allegados: así lo exigirá el respeto a su personalidad cada vez más autosuficiente, su derecho a la intimidad y a su propia vida privada. La idea ha sido plasmada en la ya mencionada S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), que interpreta el inciso del art. 154 relativo al ejercicio de la patria potestad de acuerdo a la personalidad del hijo en el sentido de que *«el progresivo*

(52) En el A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, 749), al considerarse *«la influencia, advertencia, predisposición o consejo»* que el padre pudiese haberle inculcado a su hijo antes de ser sometido a audiencia en juicio sobre derecho de visitas de sus abuelos, dice la Audiencia que *«éste es el riesgo inevitable de un medio probatorio tan vulnerable como el elegido; sin embargo, faltando otro de similar eficacia, la solución es someter su resultado a los ponderados principios de la sana crítica, bajo cuyos auspicios el Tribunal ha de analizar esta prueba»*.

(53) *Op. cit.*, pp. 119 y ss.

crecimiento del menor exige, conforme a los criterios constitucionales de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades fundamentales, el reconocimiento al menor de un ámbito de libertad progresivamente creciente en el que será él, y no los padres, quienes tendrán facultad de decidir sus propias creencias, relaciones personales, etc.; es decir, a partir de una determinada edad sólo podrán existir relaciones personales con determinados parientes y allegados si el propio hijo lo consiente». Tal consideración ha de conectarse con el «principio de las capacidades evolutivas del menor», inspirador junto al de la primacía del interés del menor de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual el ámbito de actuación de la autonomía del menor se va ensanchando a medida que madura.

3. Contenido del derecho de visita de los abuelos.

El art. 160 habla de relaciones personales, que podrán comprender cualquiera de los tres contenidos de que habla el art. 94 en lo que al derecho de los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio se refiere: visita *«strictu sensu»* —gozar de la compañía del menor durante algunas horas, excluyendo la pernocta—, la comunicación o correspondencia (por vía epistolar, telefónica o por medios similares) y la estancia o alojamiento del menor, que supone que el niño pase algunos días con el visitador incluyéndose ahora las pernoctas.

Así la precitada S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 explica cómo *«la palabra “relación” (...) comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que debe entenderse incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes o allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el art. 94 del CC como «derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» (54).*

(54) En este sentido no alcanzo a comprender porqué el A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 apoya las diferencias de régimen que deben existir entre las visitas de un progenitor y de un abuelo en el tenor literal de los artículos 94 y 160, al decir que *«es necesario advertir cómo la propia ley emplea expresiones diferentes a ambas situaciones: relaciones personales y derecho de visitas, y, evidentemente su contenido y efectos ha de diferir sustancialmente, sobre todo por la influencia trascendental que en las primeras debe tener el ejercicio de la patria potestad»*. Si bien es cierto que el segundo argumento es totalmente válido como a continuación veremos, la referencia al tenor literal de los preceptos no me merece el mismo juicio, sobre todo teniendo en cuenta que precisamente el término relaciones personales es más amplio que el tomado como referencia por el tribunal, «visitas».

Si las modalidades que en abstracto —a reserva de que el juez decida excluir alguna de ellas por considerarlo acorde al interés del menor— puede revestir la visita de los abuelos son idénticas a las de la visita de los progenitores, no cabe predicar lo mismo respecto a la extensión y periodicidad que cabe dar a las mismas. Es obvio que la vinculación existente entre padres e hijos no es equiparable a la que une a abuelos y nietos, siendo además el derecho de visita en el caso de progenitores titulares de la patria potestad vehículo para que el padre que no convive con el menor siga ejercitando los derechos y deberes que aquélla comprende (55).

Así pues, la extensión del derecho de visita será lógicamente más modesta que la que habitualmente tiende a recibir el de los progenitores, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que en cada supuesto concurren y poniéndose todo ello en relación con las demandas del interés del menor. En lo que al caso de Judit se refiere, sabemos que estuvo conviviendo con sus abuelos, personas a las que recurrió su padre tras el fallecimiento de su cónyuge para atender a la menor: tal circunstancia favorece la fijación de un régimen generoso, y en este sentido el demandado en su día por los abuelos —comprensivo por cierto de las tres modalidades que las relaciones personales pueden revestir— parece adecuado: comunicaciones telefónicas tres veces por semana que no superen los diez minutos; tener consigo ocho horas a la menor un domingo al mes y tres horas semanales cada jueves, y albergar a la menor durante una semana en verano, respetando los períodos vacacionales del padre (56).

(55) Así dice la mencionada S.A.P. Toledo que no puede pretenderse que la modalización del derecho de visita de los abuelos «sea semejante o igual que si el titular del derecho de visita es uno de los progenitores que, aunque separado del otro cónyuge, mantiene no sólo la titularidad sino también el ejercicio de la patria potestad, pues en esta situación el derecho de visita responde a la necesidad vivencial y afectiva más importante del orden natural, y además dimana del propio ejercicio de la patria potestad como medio de velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guardia y custodia del mismo». Por su parte, la S.A.P. Valencia de 20 de junio de 1991 (R.G.D. 1991, p. 8283) —en un caso en el que los abuelos paternos reclaman derecho de visitar a su nieto bajo la custodia de la madre del mismo, hallándose el padre en paradero desconocido— reduce el régimen fijado en Primera Instancia a favor de los abuelos pues «en ningún caso puede ser ésta vía de sustitución de la relación con el padre, ni cauce para tratar así de compensar la falta de contacto con el mismo (...), dado que estamos ante ámbitos diferentes y se ha de evitar precisamente toda confusión al respecto desde la perspectiva del menor.»

(56) Compárese con el régimen de visitas bastante más extenso que normalmente se suele prever a favor de los padres, señalado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en «El derecho de visita en la reciente praxis judicial», *Revista Aranzadi Civil*, n.º 7, 1994, pp. 21 y s.

De otra parte quisiera señalar dos aspectos del régimen solicitado por los abuelos que a mi modo de ver dan prueba de la buena fe de los mismos: la limitación de tiempo en las llamadas telefónicas, así como a la cohesión de su derecho a albergar a la niña en verano con las vacaciones del padre.

En relación con el contenido que cabe dar al derecho de visita de los abuelos se halla la cuestión del modo de fijarlo. Junto a la vía judicial, aparece la figura de un eventual acuerdo o convenio entre titular de la patria potestad y aspirante a la visita, —bien alcanzado merced a la mera práctica de las visitas de acuerdo a una determinada periodicidad y bajo unas determinadas modalidades, bien fijado por escrito, ya privado o incluso formalizado en acta notarial—. De tan controvertida figura me ocupo a continuación.

4. Los pactos entre las partes sobre las visitas.

En el caso que comento, consta que las partes durante la tramitación del juicio de Primera Instancia aportaron de común acuerdo un convenio fechado el 20 de mayo de 1988, que fue «aprobado» por la sentencia de 29 de julio del mismo año.

Ante las alegaciones del padre de que nos hallamos ante una transacción judicial —calificación de la que deduce una serie de consecuencias procesales que posteriormente mencionaré—, el Tribunal Supremo en el F.D. 2.º niega categóricamente tal extremo *«puesto que no tiene los caracteres de la transacción la decisión sobre materia que afecta a los hijos, que debe ser resuelta siempre pensando en el bien de los menores y con intervención del Ministerio Fiscal»*.

Uno de los caracteres del derecho de visita es su inclusión dentro del «orden público familiar»: de ahí su carácter innegociable e indisponible, con lo que no cabe transigir respecto a él. El derecho de visita ha sido acertadamente categorizado como derecho de la personalidad (57), y como tal está fuera del comercio de los hombres y no puede erigirse en objeto de contrato alguno. De otra parte, merced a la transacción las partes zanján por sí mismas la controversia que las opone escapando al juez control alguno sobre el contenido de la misma (58) lo que en ningún caso puede ser viable en materia que afecte a los hijos: en la misma Ley y tal y como recuerda la sentencia es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, precisamente para evitar que *«los particulares, por su actividad o inactividad o por su conveniencia pue-*

(57) Cfr. *inter alia* RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 244 o GARCÍA CANTERO, *op. cit.* p. 247.

(58) Explica GULLÓN BALLESTEROS (Com. al art. 1816 en Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia (1993), pp. 1774 y s.) que *«cuando se habla de aprobación judicial hay que tener presente que el Juez no puede entrar a valorar el contenido de la transacción, en otras palabras, aprobarla o no según le parezcan o no justos los recíprocos sacrificios de las partes. Ello es materia que pertenece al terreno de la autonomía de la voluntad. La aprobación debe circunscribirse a si se han cumplido los requisitos de capacidad y se han respetado las prohibiciones legales sobre lo que no puede ser materia de transacción»*.

dan disponer o perjudicar libremente y aunque sea inconscientemente sobre relaciones de derecho de familia o de estado civil que puedan atañer o pertenecer a esa clase de personas que no son capaces para todos los actos de la vida civil». (59)

Podría pensarse no obstante que respecto al caso de progenitores que se separan o divorcian, la propia ley invita a pactar sobre el régimen de visitas de los hijos —contenido necesario de todo convenio regulador—, con lo que en este caso la Ley autorizaría a «transigir» sobre el derecho de visita. Debe matizarse en primer lugar que los cónyuges no están disponiendo sobre el derecho de visita —que de entrada el art. 94 reconoce a todo progenitor— sino únicamente regulando su ejercicio, su régimen. De otra parte tal pacto en concreto no puede ser calificado de transacción en la medida que no queda al libre arbitrio de las partes el fijar un régimen u otro: sobre todos los extremos del convenio atinentes a los hijos deberá ser oído el Ministerio Fiscal y el juez puede rechazar dicho convenio de considerar que no ampara suficientemente el interés de los hijos y en último término, de persistir tal calificación negativa en el nuevo texto que se le presente, resolverá él mismo sobre la cuestión (D.A. 6.^a.6 de la Ley 30/1981).

Extrapolando lo dicho al caso de los pactos entre abuelos y padres sobre visitas a los nietos, éstos serían válidos y no contravendrían el orden público ni precepto imperativo alguno siempre y cuando limitasen su objeto a la modalización de tales relaciones personales (60), pactos que en cualquier caso siempre estarán supeditados a la decisión del juez de llevarse el caso ante los Tribunales, pudiéndose alterar lo acordado por las partes en función del interés prevalente del menor.

En este sentido vemos como en Francia —a pesar de que la jurisprudencia reiteradamente ha declarado antes y después de la Ley de Reforma de 1970 que los pactos y protocolos sobre el derecho de visita son nulos por afectar a materia fuera del comercio de los hombres— el propio art. 371.4 del Code expresa que las modalidades de las relaciones personales entre abuelos y nietos serán reguladas por acuerdo de las partes, y sólo a falta del mismo intervendrá el juez. La aparente contradicción se despeja merced a la mencionada diferencia entre los pactos que recaen sobre el derecho de visita en sí y aquéllos que se limitan a regular su modo de ejercicio: VINEY (61), antes de la reforma ya apuntaba que si bien «*parece imposible dejar a las partes libres de conceder o negar el derecho mismo en condiciones diferentes de aquéllas que son exigidas por la jurisprudencia, las disposiciones convencionales que se limitan fijar las modalidades*

(59) S.A.P. Barcelona (secc. 12.^a) de 17 de abril de 1989 (R.G.D. 1990, p. 5858).

(60) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

(61) *Op. cit.*, p. 255.

de la relación no encuentran ningún obstáculo. Deben ser respetadas en la medida que no contravengan ninguna regla imperativa (...) En cualquier caso, estos pactos quedan sometidos al control del juez, el único que puede diferenciar entre lo que corresponde al principio de derecho y lo que concierne a su organización práctica, y que verifica la correcta aplicación de las reglas imperativas». Así pues, no podría pactarse sobre la existencia o no del derecho de visita, pero sí pueden acordar las partes qué días procede telefonar al niño, a qué horas se le vendrá a buscar y cuándo habrá de ser devuelto, durante qué período de las vacaciones será recibido por los abuelos, etc.

Ahora bien, ¿cuál es la eficacia que cabe atribuir a tales pactos? En nuestra doctrina, VIVES LLAMAZARES (62), refiriéndose precisamente al pacto entre ascendientes y padres, defendió en 1950 que «*como consecuencia de la no disponibilidad del derecho de guarda, se entiende que los convenios para regular los períodos durante los cuales hayan de tener la guarda de los hijos los ascendientes, o sobre la forma y duración de las visitas, no tienen nada más que un valor puramente provisional y que cada una de las partes puede revocarlos*». (63)

Distinta es la posición mantenida por RIVERO HERNÁNDEZ (64), quien, partiendo de la validez de convenio tal, deduce que «*es vinculante para quienes lo han asumido, y que debe ser respetado y no puede ser impunemente infringido o desconocido (...)* Su eficacia y exigibilidad es idéntica a la de otro convenio de Derecho Privado. Ante el incumplimiento de una parte, puede pedirse ante los tribunales que sea respetado y cumplido mientras esté vigente y no se declare judicialmente su invalidez por la razón que fuere»; matizando no obstante que «*esa validez y eficacia no impide que pueda ser impugnado por los motivos genéricos aplicables a cualquier negocio (así, por ejemplo, por error, o dolo, o falta de libertad en quien lo suscribe...)* y además por una causa típica nueva: por la incidencia negativa, el perjuicio de tales visitas en los términos pactados, para el menor. En este caso sí ha lugar a dejar de cumplir el convenio, o a pedir que el Tribunal releve de su cumplimiento; pero ya no es una ruptura o desconocimiento inmotivado del pacto, sino la aparición de un hecho nuevo,

(62) Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, en *op. cit.*, p. 126.

(63) Postura idéntica a la defendida en Francia por SAVATIER: «*los pactos (...) entre padres y ascendientes (...) para regular los períodos durante los cuales tendrán respectivamente la guarda o el derecho de visita al niño, no tienen más que un valor meramente provisional. Cada una de las partes permanece libre de revocarlos*». Continúa el autor indicando que, de llevarse el desacuerdo ante los tribunales, éstos pueden muy bien decidir el mentenimiento del pacto, pero en tal caso el régimen ya no se fundará en el acuerdo, sino en la decisión judicial. (en PLANIOL-RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. 1, 2.ª ed. 1952; p. 149).

(64) *Op. cit.*, p. 139 y ss.

obstativo o impeditivo de las visitas si resulta acreditado, lo que obliga a dejar sin efecto el convenio». A tal postura parece tenderse en la S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994 (Colex), donde se declara que «en caso de conflicto, un acuerdo entre las partes es el modo normal y mejor para el menor, en cuanto evita tensiones que inevitablemente repercutirán sobre él, para determinar el contenido y ejercicio del derecho de visita, cuyos pactos serán válidos, sin perjuicio de que motivos graves justifiquen la revocación del consentimiento; régimen que por otro lado puede servir de guía u orientación al juez»

Personalmente me permito opinar que el hecho de considerar al convenio de eficacia provisional o plena tendrá escasos efectos en la práctica: el régimen diseñado en el mismo se cumplirá mientras ambas partes voluntariamente lo deseen, y en el momento que una de ellas —el guardador del menor— deje de hacerlo, el beneficiario de las visitas habrá de llevar el asunto ante el juez si quiere que su derecho se respete; y si bien es cierto que podrá alegar la existencia del convenio, tal dato no releva al juzgador de examinar a fondo la cuestión de la procedencia de las visitas tal y como en el pacto aparecen dispuestas, fallando lo que resulte más conveniente para el menor no sólo en atención al convenio, sino al informe que el Ministerio Fiscal presente, la exploración del menor, etc. (65). Perfectamente cabe que el juez opte por confirmar el régimen previsto en el acuerdo, pero ello no se deberá al mero hecho de que existía un pacto entre las partes que debe ser respetado y que no ha acontecido nada nuevo que desvirtúe su valor inicial, sino a que tal solución encaja con el interés del menor y el Juez la hace suya: si a partir de entonces la articulación del derecho de visita se basa en la sentencia, parece ser que a fin de cuentas, en la práctica, el convenio sí tiene un valor meramente provisional y una vez planteada judicialmente la cuestión de las visitas, no pasa de ser una «*fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos*» (F.D. 3.º).

Lo dicho no obsta en absoluto para que la existencia de tal tipo de pactos sea deseable y los Tribunales inciten a los adultos a buscar el acuerdo incluso en aquellos casos en los que es el juez el que fija el régimen de cara a que su puesta en práctica no genere tensiones contrarias al interés del menor, pues dicha práctica debe estar presidida por los principios de buena fe y tolerancia por parte tanto de guardador como de visitante. (S.A.P. Toledo de 3 de junio de 1994).

Otras interesantes cuestiones surgen al hilo del convenio merced al cual se articula un derecho de visita. Así, GARCÍA CANTERO —extractando la sentencia que nos ocupa (66)— plantea el problema

(65) Vid. en tal sentido A.A.P. Madrid de 7 de mayo de 1992 (Aranzadi Civil 1992, n.º 749).

(66) Cfr. este mismo fascículo en la sección correspondiente.

de determinar el carácter con el que el progenitor actúa en este tipo de pactos: ¿lo hace como titular de la patria potestad y en ejercicio de su derecho-deber de velar por el hijo controlando su vida de relación, o en representación del menor? La titularidad del derecho de visita la ostentan tanto el visitante como el menor visitado y no cabe dudar de que se trata de un derecho de la personalidad, con lo que entraríamos de lleno en el ámbito del art. 162.1.º del CC, que excluye de la representación legal de los hijos por parte de los titulares de la patria potestad «*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*»

DÍEZ-PICAZO (67) reflexionando sobre la excepción contenida en dicho inciso, manifiesta que los derechos comprendidos en dicha regla «*no son nunca objeto de representación, por tratarse de derechos personalísimos. Cuando el padre adopta decisiones concernientes a bienes de la personalidad del hijo (p. ej. autoriza una operación quirúrgica o realiza cualquier acto semejante), porque éste no puede ejercitarlos por sí, no lo hace en representación del hijo, sino en cumplimiento de su deber de velar por él.*». Se entiende pues que un padre pacte un determinado régimen de visitas cuando el menor es de corta edad y es incapaz de acordar con su «cotitular» el modo de ejercitar su derecho; pero cuando el menor posea ya esas «condiciones de madurez», ¿será él el que deba pactar con los abuelos en este caso? Ya se ha apuntado que una vez que el niño ha alcanzado una determinada edad no se le pueden imponer o recortar unas determinadas relaciones con terceros, con lo que en la práctica acabará siendo él quien se ponga de acuerdo con los abuelos sobre el cuándo y cómo de los contactos. En todo caso, siempre que el menor tenga juicio suficiente, habrá de ser escuchado por los padres en cumplimiento del art. 154 CC y del 9 de la L.O. 1/1996.

Otro interrogante apuntado por GARCÍA CANTERO (68) es la eventual necesidad de designar un defensor judicial que represente al menor a la hora de pactar con los abuelos, pues cabe presumir la existencia de un eventual conflicto de intereses entre padre e hijo: cuando padre y abuelos fijan un determinado régimen por escrito es legítimo presumir que subyacen tensiones y celos entre ellos (aunque éstas no sean tan graves como para hacer inviable todo tipo de diálogo y recurrir necesariamente a la vía judicial), y siendo así es lícito suponer que el titular de la patria potestad tendrá interés en reducir al máximo los contactos, lo que puede no estar de acuerdo con el interés del niño, *a priori* beneficiado por la relación fluida con los abuelos. Teóricamente cabría demandar la designación de un defensor judicial, pero en la práctica ello se revela altamente improbable. La designación de un defensor judicial revestiría interés únicamente para los abuelos, quienes estarían demostrando así su desconfianza hacia la figura del padre, y ante tamaña tesitura, es más lógico pensar que planteen directamente la cuestión de las visitas ante el juez y que éste decida sobre el régimen.

(67) *Sistema de Derecho Civil*. Vol. VI, (6.ª ed., Tecnos, 1992); p. 363.

(68) *Op. últ. cit., ibidem.*

5. Esencial variabilidad del derecho de visita.

La modificabilidad innata con la que la doctrina viene caracterizando toda decisión judicial en la que se vea implicado un menor queda debidamente resaltada en la sentencia. Así —como ya se ha apuntado— en el F.D. 5.º el Tribunal, tras desbaratar todos los argumentos aducidos por el recurrente, manifiesta que *«no prospera la casación de la sentencia, aunque se mantenga incólume la posibilidad de modificar las relaciones si causa de suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes, aconsejaran en beneficio del menor su alteración»*.

La relatividad y la variabilidad es uno de los caracteres esenciales del derecho de visita: la relación afectiva que en cada caso fundamenta su existencia y el propio interés del menor en virtud del cual habrá de decidirse su conveniencia y extensión son dinámicos; amén de que circunstancias más objetivas que fueron en su día tomadas en cuenta de cara a la articulación de un determinado régimen —como pudieran ser los horarios escolares del niño, las obligaciones laborables del adulto, lugar de residencia de ambos, etc.— también pueden variar. Resulta de ello que —en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ (69)— *«toda concesión del derecho de visita y el régimen correspondiente tiene una vigencia «rebus sic stantibus»; variadas las circunstancias que se hallaban en la base de su nacimiento y regulación, el régimen inicial debe variar también»*, y con frecuencia los tribunales dejan expresamente una puerta abierta a futuras modificaciones —especialmente en aquellos supuestos en los que se permite unas visitas inicialmente restringidas—, que podrán tener un carácter tanto amplificativo como restrictivo.

Así pues, es lugar común manifestar que las decisiones judiciales en materia de visita —al igual que todas aquéllas en las que un menor se vea implicado— carecen del efecto de cosa juzgada: cualquier hecho o circunstancia nueva que incida de modo relevante sobre la relación autorizará a conocer de nuevo del caso. Así, en el F.D. 4.º de la sentencia, ante las alegaciones del padre de que ha existido indefensión en la medida que en segunda instancia no se admitió prueba ni fueron tenidos en cuenta hechos nuevos que el padre pretendió hacer valer —relativos como se ha mencionado con anterioridad a supuestos malos tratos—, se afirma que *«en supuestos como el presente (...) cualquier cuestión o novedad que surgiere sería posible atenderla por el juez prescindiendo del tenor de la sentencia si el beneficio del menor o el perjuicio temido así lo aconsejaran, pues respecto de menores el Juez tiene amplias facultades»*; citándose entre otros en art. 158 del CC, en virtud del cual *«el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará (...) 3.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»*.

(69) *Op. cit.*, p. 178.

III. CUESTIONES PROCESALES SUSCITADAS EN EL CASO

Me ocuparé por último brevemente de las cuestiones procesales discutidas en las sentencia y desestimadas en su totalidad por el Tribunal. Puede decirse que el padre cuestiona todo lo procesalmente cuestionable, acumulando en cada motivo normas de conexión a veces compleja: no en vano el Tribunal critica en dos ocasiones la «abigarrada mezcla de preceptos» y «de cuestiones», que de por sí serían suficientes para desestimar el recurso por contravenirse los artículos 1707 y 1710 de la LEC (F.D. 2.º y 5.º).

Aunque la cuestión no se plantea en el caso, procede advertir que la acción reconocida en el art. 160.3. deber ser reconducida en su tramitación procesal a la D.A. 10.ª de la Ley 11/1981, merced a la cual se ordena la aplicación de las normas de la Jurisdicción voluntaria aunque *«quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria»*, que en concreto habrá de ser un menor cuantía. Se ha planteado la cuestión de si la mera oposición del guardador a las visitas es motivo suficiente para, en virtud del art. 1817 de la LEC, hacer contencioso el expediente. El A.A.P. Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (R.G.D. 1990, p. 1044) lo niega, *«pues, en otro caso, no sería nunca de aplicación la disposición transitoria décima antes señalada en relación con el art. 161 citado, en cuanto que éste último remite al Juez para el caso de que exista oposición a las comunicaciones, debiendo entenderse que la oposición prevista en el art. 1817 de la LEC permite posterior planteamiento de la misma cuestión en un procedimiento contencioso pero sin excluir la posibilidad de dictar la resolución pertinente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, resolución a la que no alcanzan los efectos de cosa juzgada»*. Distinta es no obstante la trascendencia que a tal oposición se dio en el caso abordado en la S.A.P. Barcelona (Secc. 12.ª) de 17 de abril de 1989 (R.G.D. 1990, p. 5858), donde el procedimiento de jurisdicción voluntaria concluyó *«por la oposición del Sr. S. con archivo de las actuaciones por haberse hecho contencioso el expediente a tenor del art. 1817 de la LEC»*.

En el primer motivo (discutido en el F.D. 2.º) bajo el ordinal 1.º del art. 1692 de la LEC se denuncia la infracción de los artículos 240, 238 y 245 de la LOPJ e inaplicación del art. 1809 del CC. El recurrente alega que *«la sentencia ha resuelto sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta por medio de sentencia en lugar de auto (de ahí la referencia al art. 245 LOPJ), que sería lo procedente puesto que las partes transigieron y pactaron el régimen de visita y relación y desistieron de la acción con la acquiescencia del Ministerio Fiscal»* y habla de actuación procesal nula de acuerdo al art. 240 de la LOPJ.

Señala el Tribunal en el F.D. 2.º *«el motivo (plantea) abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción sin aclarar a cuál de ellos propiamente se refiere»*. Ante la duda, el Tribunal comienza por reafir-

mar la competencia del orden jurisdiccional civil al ser el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta cuestión de Derecho de Familia, obviamente materia propia del orden civil en lo que al art. 9.2 de la LOPJ se refiere.

Aunque *«éste sólo razonamiento es suficiente para desestimar el motivo»*, se opta por dar *«respuesta completa a las cuestiones indebidamente planteadas dada la delicada materia del litigio»*, pasando a examinarse si es acorde a Derecho que el proceso haya concluido merced a sentencia en lugar de auto y la eventual indefensión con ello provocada, extremos que a primera vista parecen más propios del ordinal tercero del art. 1692 que del primero.

Pudiera ser no obstante —en una interpretación hartamente forzada y aventurada— que la invocación del ordinal 1.º del art. 1692 por parte del recurrente no persiguiese denunciar la falta de jurisdicción por razón de la materia, sino abuso de jurisdicción en el sentido de que se dictó sentencia sobre el fondo de un asunto que el recurrente entiende zanjado merced a lo que él cataloga de transacción judicial (el convenio aportado de mutuo acuerdo por las partes), y en consecuencia el juzgador debió limitarse a aprobar la transacción sin entrar a valorar su contenido (comprobando únicamente la concurrencia de los requisitos de capacidad necesarios y la disponibilidad de objeto) y hacerlo merced a auto, no por sentencia. El argumento sería: se ha resuelto merced a sentencia, luego se ha conocido del fondo del asunto pese a la existencia de transacción judicial (de ahí la referencia al art. 1809 CC), luego el juez se ha excedido en el ejercicio de su jurisdicción.

Toda la argumentación del recurrente cae desde el momento en que —como se ha visto— en absoluto el acuerdo presentado puede revestir el carácter de una transacción judicial, por los motivos anteriormente expuestos (70). Y así leemos *«el fundamento carece en absoluto de virtualidad a efectos de casación porque el juicio de menor cuantía termina por sentencia en los supuestos normales no afectados por una crisis procesal; porque el hecho de que el juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo entre las partes es solución razonable que el órgano judicial asume como propia y la reviste de la autoridad de la sentencia; y no se diga que hubo transacción»*.

Y en cualquier caso, el haberse decidido el pleito por sentencia en vez de auto no autorizaría a hablar de actuación procesal nula ya que *«los defectos procesales pueden las partes plantearlos por el cauce de los recursos, y se exige que los defectos hayan causado indefensión (art. 240.1), que no sucede en el presente caso, en que se alega como defecto haber adoptado la resolución la forma de sentencia, forma que además de ser correcta ha permitido llegar a esta Sala»*.

Merced al segundo motivo del recurso y al amparo del ordinal 2.º del art. 1692 se objeta inadecuación de procedimiento por haberse aplicado dentro del juicio de menor cuantía las normas de la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981 (reguladora del proceso no contradictorio de separación o divorcio), con infracción del art. 4 del CC. Se sostiene pues que el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia haya hecho suyo el régimen de visitas previsto por las partes en el convenio presentado supone una aplicación analógica de las normas de dicha Disposición sin que quepa la equiparación de supuestos.

El Tribunal Supremo zanja la cuestión manifestando que *«el motivo es inatendible pues no puede producir la casación que dentro del menor cuantía se haya admitido como fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación abuelos-nietos el acuerdo de aquéllos con que el padre al modo de convenio regulador de los procesos matrimoniales, ya que ha servido como ilustración al Juzgado y a la Sala de la Audiencia, que lo aceptan como solución propia y jurisdiccional»*.

La valoración de un convenio de este tipo cabe perfectamente en un menor cuantía —en último término se estaría tomando en cuenta una prueba documental que informaría del régimen de visitas que tanto abuelos como padre estarían dispuestos a aceptar— y no tiene sentido decir que está aplicando por analogía la D.A. 6.ª, primero porque en ningún momento están obligadas las partes a presentarlo, y segundo porque el juez, de no considerar procedente respetar lo contenido en el mismo, no les dará una segunda ocasión de presentar otro convenio, sino que establecerá por sí mismo el régimen que juzge más conveniente.

El motivo tercero (F.D. 4.º) denuncia con base en el ordinal 3.º del art. 1692 quebramiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia —en concreto el art. 359 de la LEC— al adolecer la sentencia de la Audiencia de incongruencia por omisión de pronunciamiento: según el recurrente, no se habría resuelto sobre la nulidad del convenio regulador alegada en la vista de la apelación y no se habrían decidido todas las cuestiones que en Primera Instancia quedaron por confirmar. El Tribunal rechaza el motivo argumentando que *«comparando los súplicos de la demanda y contestación con la sentencia se comprueba que se ha decidido lo planteado en el litigio y ello significa que estimó la demanda y, por tanto, no accedió a la desestimación instada por el demandado al contestar; y que decidió sobre la forma de ejercer el derecho de visita, y no cabe hablar de nulidad del convenio regulador»*.

Únicamente destacaré cómo el padre —tanto en este motivo como en el sexto (71)— trató de atacar la validez de lo que para él es una

(71) Recordemos que en el mismo se planteaba la infracción del art. 160 en relación —entre otros— con los arts. 1809, 1819, 1267 y 1817 del CC, negando el Tribunal en el F.D. 5.º que exista conexión alguna entre el 160 y tales preceptos.

transacción aduciendo vicios de consentimiento. Evidentemente y en la medida de que no nos hallamos ante una transacción, el convenio no pasa de ser una orientación para el juez sobre el régimen a conceder, y que existiendo sentencia la articulación del derecho de visita se fundamenta en la misma y no en el convenio, no tiene ningún sentido ni trascendencia hablar de la nulidad del mismo: el juez no se ha limitado a «homologar» o «aprobar» el convenio, sino que, atendiendo a todas las fuentes de información de las que disponía, ha considerado conveniente hacer propia la regulación en él contenida.

En el motivo 4.º (F.D. 4.º) bajo el mismo ordinal —en este caso por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con indefensión para la parte— se aduce violación de los artículos 741, 742, 745, 749, 359 y 862.3.º de la LEC y del art. 172 del CC. Parece que el recurrente pretendió que fueran resueltas cuestiones nuevas sobre expedientes administrativos por presuntos malos tratos que colocarían a la niña en situación de desamparo cuando las visitas tenían lugar (art. 172). Intuimos que el padre incoó dichos expedientes tras el fallo de Primera Instancia y pretendió que fueran tenidos en cuenta en apelación, alegando por ello preceptos relativos a la tramitación de los incidentes (741, 742, 745) así como el nº 3 del art. 862, sobre recibimiento a prueba en Segunda Instancia en los casos de hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito: el que la Audiencia se negase a considerar tales hechos estaría produciendo indefensión. En relación a los mismos se denuncia en el motivo quinto, bajo el ordinal 4.º del art. 1692, error en la apreciación de la prueba.

Ante ello el Tribunal manifiesta que *«no cabe entrar a analizar las alteraciones padecidas en las relaciones familiares y el menor durante el presente pleito, pues éstas deberán ventilarse en otro procedimiento puesto que en el planteado no es posible alterar los hechos ni la causa de pedir»*; niega una vez más la existencia de indefensión en el proceso, y *ex abundantia* recuerda los amplios poderes del juez en materia de menores, pudiendo presentarse a su consideración (vía 158.3.º por ejemplo) cualquier cuestión nueva —eso sí, más allá de las rencillas entre parientes— que podría resolver prescindiendo del tenor de la sentencia inicial, dada la esencial modificabilidad de toda resolución en la que esté interesado un menor. Así concluye el fundamento cuarto manifestando que *«por ello han de decaer también el motivo cuarto y el quinto en que se plantean cuestiones absolutamente nuevas sobre malos tratos, expedientes administrativos por la Diputación Foral, reveladores de la tensión familiar que nada tienen que ver con la sentencia aquí dictada, sino con su posible alteración posterior»*.

No obstante cabe preguntarse si, de haber tenido algún viso de realidad las denuncias de malos tratos, no hubiera sido necesario admitir la prueba de tales hechos —presuponiendo que en efecto se produjeron o fueron conocidos por la parte con posterioridad al momento de proposición de prueba en Primera Instancia—, pues sin duda tendrían influencia notoria en el pleito. Considero que, de haber sido los alega-

tos del padre algo más que acusaciones malintencionadas contra sus ex-suegros y haber existido realmente malos tratos, podrían muy bien haber sido considerados en segunda instancia con las lógicas consecuencias sobre el régimen de visitas originalmente fijado, o incluso sobre la existencia misma de las visitas. Ciertamente es que siempre cabe acudir de nuevo al juez en distinto procedimiento de cara a obtener la modificación del régimen pero, dado que la tramitación de la segunda instancia abre una puerta —cierto es que con carácter excepcional e interpretación restrictiva— a la consideración de circunstancias nuevas de tanto peso en lo que a la determinación del interés del menor se refiere, no parece justificado obligar a las partes a iniciar un nuevo procedimiento poniéndose entre tanto además al menor en una situación de peligro —pues se alegan nada menos que malos tratos— que muy bien podría constituir «justa causa» para la denegación de las visitas.

* * *

Como conclusión haré hincapié una vez más en que la especial relación de parentesco que une a abuelos y nietos y las connotaciones afectivas que le son inherentes justifican que el contacto entre ellos deba ser juzgado *a priori* beneficioso para el menor y que los parámetros con los que se juzgue la «justa causa» susceptible de impedirlo sean especialmente estrictos. Si bien es cierto que ello no puede llevarnos a equiparar la posición de progenitores y abuelos, tampoco cabe contemplar sus pretensiones del mismo modo que las de otros parientes y allegados, y a pesar de la señalada tendencia occidental a reducir la noción de familia a la nuclear, los ascendientes siguen siendo miembros de la familia en el seno de la cual todo niño debe crecer para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

En la mayoría de los casos, prohibirle las relaciones personales con sus abuelos será para el menor presente negarle una fuente de amor, cariño y ternura, y para el adulto futuro privarle de uno de sus más entrañables recuerdos de infancia.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Pilar CÁMARA ÁGUILA
Francisco ECHEVERRÍA SUMMERS
José Carlos ERDOZAIN LÓPEZ
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Natalia LÓPEZ CONDADO
M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA
Fernando MORILLO GONZÁLEZ
Carmen PLANA ARNALDOS
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Aurea RAMOS MESTRE
Encarna SERNA MEROÑO

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. Negocio fiduciario. Tipos: Fiducia cum creditore, fiducia cum amico.— En esta sentencia debe destacarse la gran importancia que para el TS han tenido los hechos probados de los que de una forma implícita deriva un tácito *pactum fiduciae*, es decir, del compromiso contraído por la donataria de retransmitir el derecho adquirido, porque a pesar de que no existía pacto escrito en el pleito acerca de tal compromiso, estos hechos acreditan que en ningún momento la demandada manifestó una propiedad normal, sino lo que denomina la doctrina un *dominium impropie dictum*.

Cuando el TS se enfrenta a la calificación jurídica del negocio efectuado, considera que no se trata de un negocio ficticio o simulado, sino de un negocio fiduciario, destinado a realizar una finalidad distinta de la transmisión de la propiedad del inmueble donado formalmente. Estima que el negocio realizado dio lugar a una transmisión fiduciaria de la propiedad, cuya finalidad no era garantizar el pago de una deuda (fiducia *cum creditore*), sino que la fiduciaria sustituyera y cooperara con el fiduciante en la gestión y realización de unas obras en los bienes donados, finalidad análoga a la denominada fiducia *cum amico*.

Inexistencia prescripción adquisitiva.— De los hechos resulta que a pesar del otorgamiento de escritura pública, la recurrente no poseyó realmente el inmueble discutido, sino que durante los doce años transcurridos desde el otorgamiento de la escritura de donación, se realizaron obras en dos lapsos de tiempo, que fueron gestionadas y satisfechas por los padres de la demandada, por tanto no hubo infracción alguna del art. 1957 CC., pues al faltar la posesión no cabe alegar la prescripción del dominio.

Confesión judicial.— Recoge la doctrina reiterada por la Sala, manifestando que la prueba de confesión judicial no es lícito desarticularla en casación, respecto de los demás medios de prueba utilizados (SS, entre otras, de 24 de abril y 18 de septiembre de 1986 y 20 y 23 de febrero y 10 de abril de 1987), y que tal prueba no es superior a los demás medios de prueba, en particular, a aquéllos que en la apreciación conjunta de la prueba sirvieron de soporte fáctico a las indagaciones y conclusiones de la Sala de instancia. (STS de 14 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Por escritura pública de 29 de noviembre de 1972, se efectúa una donación pura y simple, irrevocable y no inoficiosa, hecha en concepto de mejora.

La donataria nunca inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, ni ha estado en posesión de la finca.

Se realizaron unas obras en la finca, que fueron costeadas y ordenadas por el fallecido padre, durante las cuales se tituló dueño de la finca, sin mención alguna de la titularidad de la hija. La madre arrendó la finca sin oposición de la hija, y sin que los vecinos tuvieran a ésta como propietaria en ningún momento.

Ante el incumplimiento de la obligación de retransmitir la finca, se interpone demanda de juicio de menor cuantía en la que D.^a L.A.R. y seis de sus hijos, demandan a su hija y hermana respectivamente, para que se declare que la actora y herencia yacente de su fallecido esposo son propietarios de la casa n.º 30 de la calle Uruguay, de las Palmas de Gran Canaria, y que todo lo construido como obra nueva en dicho inmueble lo ha sido a expensas y con el peculio particular del matrimonio de la actora, y que la donación de la misma finca por escritura de 29 de noviembre de 1972 a favor de la demandada, fue constitutiva de un negocio fiduciario, con la obligación por parte de la donataria de retransmitir dicha finca. Pretensiones aceptadas en primera y segunda instancia. (M.I.M.P.)

2. Prescripción extintiva. Responsabilidad del depositario administrador.— La acción que se ejercita contra el depositario administrador de bienes secuestrados por los daños causados en el ejercicio de sus funciones no

puede considerarse una acción por culpa extracontractual, y ello debido a que las obligaciones del depositario administrador de bienes secuestrados derivan de la Ley, mediante resolución judicial (art. 1454 LEC). Estas circunstancias impiden la aplicación, a la cuestión debatida, del art. 1968 CC, máxime cuando el art. 1964, del mismo texto legal, manda atender al plazo de quince años cuando, como en este caso, la acción no tiene término especial y no puede equipararse a las extracontractuales, a su vez, las circunstancias mencionadas, también suponen la aplicación al caso de todas las normas relativas al incumplimiento de las obligaciones, como el art. 1101 CC. (STS de 28 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia del embargo instado por A sobre los bienes de B, y llevado a efecto el 17 de julio de 1981, fue nombrado depositario de aquéllos C. Solicitado el levantamiento del embargo en 1987, fue admitido, pero el depositario no pudo devolver los bienes cuando se le pidió porque a mediados del año 1985 habían perecido en un incendio del local donde se hallaban depositados.

B demandó tanto al depositario como al embargante, siendo estimada parcialmente la demanda, pues el Juez de Primera Instancia absolvió al embargante, y condenó al depositario de los bienes a indemnizar a la actora por los daños causados en el depósito de sus bienes. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra dicha resolución se formuló recurso de casación que se resuelve en la sentencia que comentamos. El recurso se fundamenta principalmente en entender que la posible responsabilidad del depositario administrador es extracontractual, y en base a ello estimar la prescripción de la acción en base al art. 1964 CC. En el juicio declarativo del que dimana el recurso de casación, quedó probada como cuestión de hecho la falta de diligencia del demandado, ahora recurrente, en la guarda y custodia de los bienes que se le confiaron. (F.M.G.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Tensión entre derecho al honor – derecho a la información. Requisitos de la información constitucionalmente protegida.— Aceptado por todos, a la vez que la protección constitucional de los derechos al honor y el de transmitir libremente información, el valor preponderante de éste sobre aquél en cuanto, ejercitado en relación con asuntos de interés general, cumple la función de garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, según doctrina jurisprudencial de innecesaria cita concreta dada su notoriedad, es del mismo modo patente que, sobre que la libertad de información no está constitucionalmente concebida como una libertad absoluta que ha de prevalecer, sin límites, sobre otros derechos también constitucionalmente declarados, cual el del honor, sino como un derecho cuya preferente tutela además de cumplir la exigencia de versar sobre asuntos de interés general o trascendencia pública, necesita observar el límite de veracidad de la noticia que transmite, so pena de obstaculizar la protección reclamada, tanto por incumplimiento del requisito condicionante que el propio artículo 20 d) de la Constitución Española establece para gozar de la consideración de derecho fundamental que la citada norma consagra (—«información ve-

raz» dice el texto constitucional—) requisito que comporta, al menos, que el informador obre con un específico deber de diligencia (S. del 3 de marzo de 1989) como por necesario respeto al límite que impone la guarda de este otro derecho al honor conforme al apartado 4 del mismo artículo 20.1 d) de la Constitución Española». (STS de 19 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El actor, cónsul español en La Haya, demanda al autor de un artículo que considera atentatorio contra su honor, al director de la revista «Interviú» en la que éste se publica y a la empresa propietaria «Ediciones Zeta». El Juzgado, acogiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, absuelve en la instancia a los demandados. La Audiencia, que admite el recurso de apelación interpuesto por el actor, desestima la excepción alegada pero absuelve a los demandados al entrar en el fondo del asunto. Recurre nuevamente el actor y el Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación. (R.G.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Autocontrato.— La figura del autocontrato tiene lugar siempre que cualquier relación contractual es realizada por una sola persona, aunque también puede constituir supuesto de autocontratación cuando partiendo de dos intervinientes contractuales, en realidad uno de ellos, no es propia parte, sino que mantiene identidad plena y acreditada de intereses compartidos con la contraparte y por ello no actúa para sí sino más bien para el otro.

En el presente caso, la Cooperativa vende el bien a un socio cooperativista, lo que no puede entenderse como un autocontrato, ya que de una parte no se produjo una colisión de intereses, y de otra, este tipo de ventas no está prohibido por la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974. Incluso, el acta de la Cooperativa donde se acordó la venta de dichos inmuebles no fue objeto de impugnación social alguna, no produciéndose ningún tipo de perjuicio social. Dicha acta, aunque adolecía de defectos administrativos, contenía todos los requisitos esenciales que conformaban el contenido del acuerdo, entre los que figuraban el apoderamiento de un socio para realizar dichas ventas en nombre de la sociedad. Por lo que la venta sí contaba con el consentimiento de la sociedad a través de su apoderado, y aun existiendo defectos administrativos en el acta, éstos no sirven de base para fundamentar recurso de casación.

Competencia territorial.— Es doctrina reiterada de esta Sala (SS TS de 26 de febrero y 17 de mayo de 1991, 30 de diciembre de 1992, 23 de febrero y 4 de diciembre de 1993 y 29 de enero de 1994), que la reforma operada en la LEC por Ley de 6 de agosto de 1984, en el art. 533-1.º, vino a concretar lo que debe entenderse como excepciones dilatorias, refiriéndose solamente a la objetiva o funcional y desapareciendo el precepto referido a la competencia territorial. Esta última sólo cabe alegarla por el trámite de incidentes (art. 79 LEC). En el presente caso, al no haber acudido la recurrente al procedimiento incidental, dejó pasar la oportunidad del planteamiento correcto, produciéndose una sumisión tácita a la competencia territorial (art. 58-2 LEC). (STS de 24 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— D. Emilio Penas promueve juicio declarativo de menor cuantía, sobre elevación a escritura pública de contrato de compraventa que realizó con la Cooperativa de Viviendas Riazor, de la cual él era socio cooperativista.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, estimando la excepción de falta de competencia territorial. La Audiencia revoca la sentencia y condena a la Cooperativa a otorgar la escritura pública. Instando el recurso de casación por la Cooperativa, el TS declara no haber lugar al mismo. (N.L.C.)

5. In illiquidis non fit mora.— El motivo quinto señala la vulneración del principio «in illiquidis non fit mora». En efecto, es evidente que no hay constitución en mora (art. 1100 último párrafo CC) y por tanto conforme a reiterada doctrina de esta Sala los intereses han de satisfacerse a partir de la fecha en que se concrete la fecha exacta del adeudo (sentencia de 4 de mayo y 8 de junio de 1966; 22 de octubre de 1968; 8 de junio de 1981; 26 de junio de 1984; 5 de mayo de 1986 y 20 de febrero de 1988), por lo que ha lugar a la estimación del motivo. Sin perjuicio de constatar que es por estas circunstancias determinantes de absoluta iliquidez por lo que no se aplica en este caso la nueva corriente doctrinal de concesión de intereses desde un principio en que quede determinado cuantitativamente el adeudo». (STS de 29 de septiembre de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.— Con ocasión de las obras de urbanización a realizar en una finca se firma un presupuesto-convenio entre los litigantes, cuyo desarrollo, cumplimiento y liquidación constituye el objeto de la confrontación entre comitente y dueño de la obra. El Juzgado estima parcialmente la demanda y la reconvención. La Audiencia confirma íntegramente la resolución del Juzgado. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la entidad dueña de la obra. (R.G.S.)

6. Indemnización de los daños y perjuicios por falta de pericia profesional en el art. 1.101 CC. Requisitos.— Según reiterada jurisprudencia, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios con base en el art. 1.101 CC requiere, por un lado, probar los daños cuya reparación se pretende; y, por otro, poder atribuir su comisión a una conducta culposa o dolosa. En opinión del TS, que confirma la expresada por el Juzgado de Primera Instancia, el art. 1.101 CC sólo sirve para la reclamación de los daños o perjuicios ocasionados por la acción directa de aquél a quien se le imputan.

Lucro cesante. Interpretación jurisprudencial del art. 1.106 CC.— El lucro cesante es un concepto restrictivo en el que sólo caben las ganancias perdidas que resulten probadas de manera indubitada, sin que puedan considerarse como tales, pues, las infundadas o las basadas sólo en esperanzas. (STS de 29 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Los recurrentes en casación demandaron al propietario de un astillero y a una sociedad de seguros por reclamación de una determinada cantidad en concepto de los daños y perjuicios ocasionados en el buque perteneciente a los primeros, y por el lucro cesante dejado de obtener como consecuencia de dichos daños. Se

considera probado que los demandantes entregaron la nave de pesca de la que eran propietarios en el astillero de los demandados a fin de proceder a su limpieza. Sin embargo, por culpa del personal encargado del astillero se causaron determinados daños en el buque, los cuales le obligaron a permanecer inactivo durante un determinado período de tiempo.

Los demandantes solicitaron de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia no sólo el resarcimiento de los daños efectivamente sufridos en el casco y la cantidad presumiblemente dejada de ganar por inactividad profesional, sino también el de los desperfectos derivados del siniestro y que supusieron, indirectamente, deterioros en las artes de pesca del buque.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como el TS rechazan la pretensión de los demandantes-recurrentes sobre resarcimiento de los daños en las artes de pesca, por cuanto no consta que los mismos se debiesen directamente a una actividad imputable al demandado-recurrido, propietario del astillero.

NOTA.— No aclara, sin embargo, suficientemente el TS si la imposibilidad para el recurrente de reclamar los daños causados en los aparejos se debe a que éstos no fueron originados por la acción directa del recurrido, o bien a que, en cualquier caso, no resultó probada la existencia de un nexo de causalidad entre los citados daños y la actividad desarrollada por el astillero.

Lógicamente, si fue lo segundo, hemos de coincidir con el pronunciamiento del Alto Tribunal. Si, por el contrario, la desestimación de las pretensiones del recurrente se debió a lo primero, hay que determinar si, efectivamente, en el ámbito del art. 1.101 CC sólo caben las reclamaciones por daños directamente causados por el incumplimiento contractual. En este sentido, no creemos que deba imperar una interpretación tan estricta, sobre todo si tenemos en cuenta el art. 1.107 p. 1 CC que ordena que el deudor de buena fe responda de los daños y perjuicios «que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Luego, lo decisivo es que exista un vínculo de necesidad, y no una relación directa, entre la causa y el efecto. Todo ello, naturalmente, a salvo de comportamientos negligentes por parte del que haya sufrido los daños o perjuicios. (*J.C.E.L.*)

7. Cesión de solar por construcción a realizar: No procede la resolución por incumplimiento si sólo hay retraso.— Aparte de la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron y de la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad, para que prospere la acción resolutoria *ex art.* 1124 CC se requiere que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia, y que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado que, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante; en el presente caso no hay un verdadero y propio incumplimiento, sino un simple re-

trazo, habida cuenta de la falta de fijación en el contrato de plazo para la ejecución de la obra y entrega del local, y no como una conducta obstativa al fin del contrato que, en modo alguno, puede decirse que se haya frustrado ni de que tal conducta implique una imposibilidad de cumplimiento de la prestación.

Omisión de plazo de cumplimiento en contratos de ejecución diferida:

Art. 1128 CC.— La omisión del plazo de cumplimiento en los contratos de ejecución diferida puede ser suplida por los Tribunales al amparo del art. 1128 C.C., debiendo ser solicitado en tiempo y forma oportunos.

Integración contractual e integración interpretativa: No pueden suplir la omisión del plazo de cumplimiento.— El art. 1128 CC establece tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual, distintos de los derivados de la autonomía privada, y que van dirigidos a establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligadas las partes y la forma y modalidades de su cumplimiento, así como a establecer determinados deberes accesorios del deber principal; tales criterios son la buena fe, el uso y la ley, y son conceptualmente distintos entre sí, e independientes en su aplicación, aunque tengan la misma función integradora del contrato; en particular 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 efectividad del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento, pero ella no puede amparar la pretensión de que se establezca el plazo de la ejecución del contrato omitido por los contratantes; también resulta inaplicable el art. 1287 CC que en su función de integración interpretativa se refiere únicamente «al uso o a la costumbre del país», no a la buena fe ni a la ley que no juegan ningún papel respecto a suplir la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse, no pudiendo considerarse probado el uso de fijar un plazo de cumplimiento en los contratos de ejecución diferida, lo que suele hacerse, no sólo en el lugar del contrato sino en todo el territorio nacional. (STS de 30 de abril de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La argumentación del recurso se dirige a corregir las deficiencias de un clausulado contractual que omite fijar un plazo de comienzo y otro de terminación de las obras; el TS dice que no utiliza la vía adecuada representada por el art. 1128. Dice a este respecto LASARTE ALVAREZ (*Comentario Ministerio de Justicia*, II, p. 107) que el acreedor que reclame el cumplimiento debiera reclamar simultáneamente la fijación del plazo por parte del Tribunal o acreditar la expiración del mismo por reclamaciones extrajudiciales. Debe advertirse que en este caso no se ha seguido el criterio de señalarlo de oficio por tratarse de norma imperativa.

Tratándose una permuta de solar por construcción a realizar no son escasos los problemas prácticos derivados de ejecutar una sentencia que estime la resolución por incumplimiento, sobre todo cuando el *accipiens* del solar ha realizado obras de transformación del mismo (*vide en general GARCIA CANTERO, Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.^a ed., p. 797 ss.). (G.G.C.)

8. Compraventa de acciones de S.A. con precio aplazado: Insolvencia sobrevenida del comprador: No prestación de garantías: Derechos del vendedor: Arts. 1129 y 1467.— Las sentencias de instancia han hecho una declaración del estado de insolvencia, no desvirtuado en el recurso, sin que sea preciso una declaración formal de quiebra o concurso bastando que se compruebe cumplidamente que el deudor ha llegado a una situación de hecho de insuficiencia de bienes y de impago o incumplimiento de sus demás obligaciones, por lo cual es perfectamente admisible y correcto que el vendedor exigiera al comprador que se le dieran suficientes garantías bancarias o carta de crédito irrevocable en el caso de que se mantuviera el plazo aplazado, lo que conduciría a la situación prevista en el art. 1467 párr. 2.º CC lo que no se ha cumplido ni intentado cumplir por el recurrente; la eficacia del llamado «contrato entre accionistas» no lo es tan a ultranza que en una eventual coyuntura económica proclive a la especulación se haga tabla rasa de los dictados de los arts. 1129 y 1467 CC que quizá con una raíz *mens legislatoris* en la cláusula *rebus sic stantibus* se consignaron para evitar que por un excesivo respeto a lo pactado en un pretérito de distintas características objetivas y subjetivas, se dé paso a un desequilibrio de las prestaciones convenidas con manifiesta vulneración de los arts. 1275, 1289 y 7 del CC y 57 CCO y, en definitiva a un incumplimiento por impago del precio que reconduciría a una frustración lindante con lo ilícito, de los intereses y derechos del vendedor; en consecuencia, los arts. 1129 y 1467 CC, constituyen el freno que corresponde a un contrato sinalagmático en el que hay un inminente riesgo de tal incumplimiento por la situación financiera en que se halla el comprador. (STS de 13 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La sentencia interpreta el art. 1467 conforme al sentir mayoritario de la doctrina que recojo en *Com. Albaladejo*, XIX, 2.ª ed. p. 223 y s. Quizá la novedad de la argumentación utilizada sea aludir a un lejano fundamento en la doctrina que se expresa con la fórmula *rebus sic stantibus*. El comprador pedía el cumplimiento de un contrato de venta de acciones de S.A. perfeccionado por télex, siendo desestimado en ambas instancias y rechazado el recurso de casación; cabe conjeturar que el vendedor demandado opuso el vencimiento del plazo y su derecho a suspender la entrega de la cosa; la sentencia se limita a decir que el vendedor demandado solicitó la desestimación de la demanda. (G.G.C.)

9. Compraventa: reciprocidad de obligaciones: obligaciones complementarias de reparación de deficiencias: La LGDCU no impide exigir cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas: cumplimiento de la Legislación Civil según art. 7.º.— Al vincular a las partes un contrato de compraventa de inmuebles, se está en presencia de la contraposición de dos prestaciones, entre sí entrelazadas y unidas por la nota de lo sinalagmático, como resulta de los arts. 1124 y 1445 CC al reglamentar la dependencia recíproca entre ambas prestaciones, siguiendo una concepción incluso de carácter popular; en aplicación de tal doctrina la sentencia condena al cumplimiento simultáneo de las obligaciones del vendedor y del comprador, sin que ninguna de las partes tenga obligación de anticiparse en el cumplimiento de su prestación; la aplicación de la LGDCU no significa que las obligaciones complementarias de reparación de deficiencias hubiese de cumplirse antes que las prestaciones de

la parte compradora; en efecto, los preceptos de esta última no impiden que se cumplan las normas del CC sobre compraventa al mismo tiempo que las de la ley especial, la cual en su art. 7.º establece expresamente que no excluye ni su planta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos y conexos, como consecuencia del art. 9.1 CE al declarar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y «al resto del ordenamiento jurídico», de donde se deduce la íntegra aplicación al supuesto discutido de la bilateralidad del contrato de compraventa (STS de 17 de junio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Parece que estamos ante el caso de una abusiva invocación de la Ley de 1984 como norma «para todo» capaz de fundamentar cualquier recurso. Con acierto el tercer FD observa que no establecer el cumplimiento anticipado de las obligaciones complementarias de reparación de deficiencias no significa que el vendedor no haya de cumplirlas, antes bien, el comprador sólo tiene que exigir el cumplimiento de la sentencia, aunque sin poder impedir el juego de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones principales (G.G.C.)

10. Entrega a cuenta del precio de una compraventa: arras confirmatorias.— Lo pactado fue la resolución del contrato por impago del precio aplazado —que habría de regirse por lo dispuesto en el art. 1.504 CC al ser objeto de la venta una participación indivisa en un inmueble— y la cantidad abonada al celebrarse el contrato —las 500.000 pts.— se integra en el precio convenido (S de 11 de diciembre de 1993), sin que conste en absoluto la voluntad de las partes de atribuirle el carácter de arras penitenciales ni ser aplicable al caso lo dispuesto en el art. 1.454, que no constituye una norma de derecho necesario (SS de 10 de marzo de 1986 y 3 de octubre de 1992, entre otras).

Existencia de mandato verbal, lo que excluye la necesidad de retificación posterior de *dominus*.— Viene a reconocerse la actuación del Letrado Sr. Mas como mandatario de ambos cónyuges «con independencia de que se aclare en el momento procesal oportuno cómo se produjo», algo que no se realizó y así en su escrito de resumen de pruebas (art. 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) nada se dice al respecto. Ha de decaer, pues, el motivo con solo añadir que no esta en cuestión si la Sra. Oto ratificó o no (art. 1727) la actuación del Letrado, sino que lo declarado probado, por vía presuntiva, es que este era mandatario verbal de aquélla para la remisión notarial de la carta del modo como se realizó.

Acreditación del consentimiento tácito del cónyuge respecto de la venta de un bien ganancial.— No ha de prosperar tampoco este motivo porque: a) Es doctrina jurisprudencial —así, SS de 17 de julio y 22 de diciembre de 1993— que, en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los conyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tacita o presunta, incluso posterior al negocio y también ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio; y b) En este caso, la manifestación de ambos conyuges, a través de la actuación del Letrado Sr. Mas, de su voluntad de «rescindir» el contrato en los términos que constan en la carta remitida notarialmente, es determinante de la certeza del asentimiento de la esposa a la enajenación operada, hasta el punto

de que se pone a disposición de la compradora «la cantidad de un millón de pesetas, como el doble de las arras», dato sumamente significativo independientemente del error jurídico de entender que habían mediado tales arras. (STS de 5 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El marido vendió a una Sociedad una participación indivisa ganancial sobre un inmueble, habiendo recibido 500.000 ptas. a cuenta del precio. Con posterioridad, un abogado, que decía actuar como mandatario verbal del vendedor y su esposa, envió una carta por conducto notarial a la compradora ofreciéndole el pago del doble de la cantidad recibida a cuenta, con la finalidad de dejar sin efecto la compraventa. La compradora demandó a los cónyuges solicitando que se les condenara al cumplimiento junto a otras peticiones complementarias. La esposa del vendedor formuló reconvenición instando acción de nulidad de la venta, por falta de su consentimiento. El Tribunal Supremo mantuvo la decisión de la Audiencia Provincial, admitiendo íntegramente la demanda y rechazando la reconvenición, por estimar que la cantidad entregada a cuenta no tenía carácter de arras penitenciales, y que la esposa consintió tácitamente la venta al autorizar a un letrado para que trasladase a la compradora su intención de dejar sin efecto el contrato celebrado por su marido, sin alegar en ese momento la falta del consentimiento necesario del cónyuge del disponente. (L.F.R.S.)

11. Compraventa de inmueble. Cabida.— El párrafo 1 del art. 1472 CC es aplicable sólo en el caso de que el vendedor, en aquellas ventas hechas por precio alzado, hubiera entregado todo lo pactado, en cuyo caso no cabría reclamación alguna, ni por parte del comprador, aunque esa cabida sea en realidad menor, ni por parte del vendedor, si se tratara de una cabida mayor.

En el supuesto que analizamos, si bien se trataba de una compraventa de las llamadas de cuerpo cierto por un precio de 20 millones de pesetas, el vendedor está obligado a entregar no la cabida señalada en el contrato, sino la que en realidad física tenga circunscrita por los linderos del inmueble. Aunque en la escritura pública se señalaba una superficie de 372 metros cuadrados, se acreditó que la verdadera extensión era 245 metros cuadrados de los cuales 32 metros cuadrados no pudieron ser entregados porque fueron vendidos con anterioridad a un tercero. Por lo que nos encontramos ante el supuesto recogido en el párrafo II del art. 1471 CC que contempla la situación en el que el vendedor no ha podido entregar al comprador todo lo que se comprende dentro de los linderos y cuya consecuencia es la disminución del precio proporcional a lo que falte de cabida. (STS de 22 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El actor promueve juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad y rectificación de error en la descripción registral de una finca. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia provincial de Cádiz estima parcialmente la demanda, condenando a «Astilleros Españoles, S.A.» a rebajar el precio de la venta, abonándoles el importe proporcional de los impuestos pagados, y absolviéndole respecto a la modificación del asiento registral por falta de *litis consorcio* pasivo necesario, ya que el tercer interesado en la parte del inmueble que no

fue entregada a los actores no fue demandado. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (N.L.C.)

12. Doble venta: Interpretación del art. 1473.— La tipificación de la doble venta requiere, para su existencia, que cuando se perfecciona la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por paro íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto.

Diferencia entre reivindicatoria y tercería de dominio.— Sin negar sus coincidencias y analogías, ambas difieren en sus finalidades principales, pues la reivindicatoria tiende a recuperar la cosa para integrarla efectivamente en el saber dominical del que la ejercita con éxito, en cambio la tercería es una acción meramente declarativa frente al ejecutante y con la demanda deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso, lo que significa que ha de quedar en suspenso su admisión hasta que se presente el título o documento en que se funde, consistiendo en documento público o privado, o en la apariencia y posesión para bienes muebles, sin que le sea lícito al Juez apreciar su validez y eficacia en ese estado del juicio, porque sería prejuzgar la cuestión que ha de resolver en la sentencia.

Nulidad de asiento contradictorio: art. 38 LH: No procede.— Según doctrina reiterada, si se esgrime por el tercerista un mejor dominio del aducido, en su caso, en el procedimiento ejecutivo, por el deudor embargado, es obvio que en la pretensión del tercerista de sobreponer su titularidad a la del deudor ejecutado, se está ya dentro del derecho sustantivo, aspirando a una declaración de su mejor dominio, lo cual, si prevalece, llevará consigo la proyección aniquiladora de la constancia registral del derecho así vencido, cuya verdad sólo opera *iuris tantum*, la cual deberá decaer sin que se prevea una acción autónoma o concurrente instando la nulidad del título. (STS de 2 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La dirección que se acepta en la interpretación del art. 1473, aun siendo minoritaria en la jurisprudencia, no deja de tener manifestaciones desde mediados de siglo (v. GARCÍA CANTERO, *Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.ª ed. p. 264). (G.G.C.)

13. Compraventa de bienes inmuebles. Saneamiento por gravámenes ocultos. La existencia de servidumbre no aparente, que se matuvo oculta para el comprador, constituye presupuesto de aplicación del art. 1483 del CC y vulnera el principio de buena fe contractual. El precio de compra es inoperante a los efectos de obtener la reparación indemnizatoria y la rescisión del contrato.— En la escritura de compraventa del inmueble no se hace constar nada respecto al gravamen controvertido, por lo que en la fecha de tal acto traslativo público, documentalmente permanecía oculto y la recurrente careció de constancia escrita para saber de su existencia. El gravamen existió y persiste posteriormente y, por tanto, se da un estado de ocultación suficientemente justificado, lo que es cuestión distinta de la interpretativa por vía indiciaria de que hubiera tenido acceso a su conocimiento la sociedad que recurre. Los demandados no probaron suficiente y cumplidamente que la ser-

vidumbre permaneciera visible y fuera su anuncio notorio y apreciable por indicios exteriores manifestados, como es exigencia del art. 532 del CC, pues, asimismo, también carece de constancia registral.

Los demandados no eran desconocedores del gravamen que ocultaron en el momento de vender a la recurrente, por lo que, al no ser aquel visible, la conclusión lógica consecuente es de que la adquirente no llegó a tener conocimiento de su existencia, conforme queda explicitado, pues nada se probó al respecto. También la buena fe contractual es eficaz en cuanto a que debe concurrir en los vendedores y les impone ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten, presentándose la buena fe contractual como objetiva en cuanto se refiere a comportamientos justos y adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (SS de 3 de diciembre de 1991 y 9 de octubre de 1993), necesitando su vertiente jurídica opuesta (mala fe) el apoyo en hechos que han de ser expresados como probados (SS de 10 de abril de 1956, 5 de julio de 1985, 22 de octubre de 1991 y 12 de marzo y 8 de junio de 1992) a efectos de su necesaria valoración como situación jurídica negativa efectivamente concurrente.

La aplicación del art. 1484 del CC exige la concurrencia de necesarios presupuestos (S de 25 de abril de 1983), los que, conforme a lo que se deja analizado, se han producido en este caso. Sucede que ha tenido lugar compraventa de bien inmueble, plasmada en escritura pública, el cual se halla afectado por la estación transformadora eléctrica de referencia, en configuración jurídica de servidumbre no aparente, que se mantuvo oculta para la sociedad compradora, pues no se probó, que la conociera al tiempo de celebrar el contrato y que los vendedores no pusieron en conocimiento de la contraparte, como era su deber de lealtad contractual.

De este modo queda por determinar si el gravamen contiene intensidad suficiente e importante, para llegar a la presunción que la norma establece, de que de haberlo conocido la adquirente hubiera o no desistido de comprar la finca. Se trata de seguir criterios objetivos, que han de ser apreciados como cuestiones de hecho.

En este sentido, el precio resulta marginado en el art. 1483 CC e inoperante a los efectos de la procedencia de las acciones de reparación indemnizatoria y rescisoria que prevé. A la finca objetivamente no le afecta el precio y se trata de valor fijado por la adquisición de bien libre de cargas. El precepto no lo tiene en cuenta pues no lo cita, lo que sí decreta el art. 1484, y en cuanto al saneamiento por vicios ocultos, es la alternativa de satisfacer menor precio. (STS de 8 de junio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La demandante, entidad S., S.A., solicita reparación económica-indemnizatoria, al amparo del art. 1483 CC, por consecuencia de la existencia de una servidumbre de conducción y transformación eléctrica, ubicada en el inmueble casa-fábrica, sita en las calles Luna Cardona 11 de la ciudad de Barcelona, que adquirió por medio de escritura pública otorgada el 29 de junio de 1988, a los demandados don Javier y don Andrés G. F y doña Victoria B. M. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia, estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de indemnizaciones en proporción a sus participaciones en la finca. (P.J.F.L.)

14. La resolución de un contrato al amparo del art. 1124 CC no requiere pacto expreso en tal sentido.— «Parece entender la recurrente que para que se declarase la resolución del contrato celebrado entre las partes que era necesario que así se hubiese pactado entre las partes; tal tesis carece de todo apoyo legal y jurisprudencial y en este sentido es claro el art. 1124 al decir que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas...”».

Alcance del art. 1504 CC. Necesidad, para su juego, de requerimiento judicial o notarial.— «...ha sido proclamado por la doctrina de esta Sala que, en sentencia de 26 de enero de 1987 dice “que el art. 1504 del Código Civil no establece, como pretende el recurrente, que para que proceda la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio convenido, sea requisito ineludible que así se haya estipulado en la convención, ya que lo único que previene es que, no obstante la posible existencia del pacto comisorio, la resolución no operará al igual que en el supuesto en que no se haya estipulado, interin el comprador no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial y que hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término».

El señalamiento de interés de demora o la existencia de cláusula penal no impiden la resolución de un contrato por incumplimiento.— «...el señalamiento de un interés de demora o el establecimiento de una cláusula penal no priva al contratante cumplidor de la facultad de instar la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la otra parte».

Conductas susceptibles de ser calificadas como incumplimiento contractual imputable.— «En orden a la calificación como de incumplimiento contractual imputable a la parte tiene declarado esta Sala en S de 4 de marzo de 1992 que “no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que lo origine—obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991) siendo, en definitiva aplicable el art. 1504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (S de 20 de diciembre de 1989)”. Y la de 23 de abril de 1992 afirma que “basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple no actúe de la misma manera, produciendo incumplimiento del contrato, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto obligacional relacionante o de no prestación de lo debido, por decisión de su voluntad, que no es precisamente positiva, sino negativa en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación aplicable y concurrente para ello, colocándose de esta manera bien expresamente o por deducción de sus actos y conductas acreditadas en postura manifiesta de oposición a cumplir lo convenido y obligó por su actuación en línea de mala fe (art. 1528 del Código Civil)”; doctrina que ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores». (STS de 26 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Declara el Juzgado la resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa de fincas urbanas a instancia del vendedor. Desestima la Audiencia la apelación del comprador. Inter-

pone éste recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

15. Calificación de los negocios de acceso directo a la propiedad por el régimen de la legislación de viviendas protegidas.— Estos contratos son calificados como compraventa de inmuebles, y por tanto su resolución sólo puede operar cuando se den las previsiones legales del CC.

Requisitos para el ejercicio de la facultad resolutoria previstos en los arts. 1124 y 1504 CC. Inexistencia de incumplimiento por parte del contratante que pide la resolución.— El TS desestima el motivo de casación alegado por la entidad vendedora y demandada CODUP, S.A., de no haberse apreciado la resolución operada por medio de acta notarial, en base a una reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 21 de mayo de 1986, 29 de febrero de 1988, 21 de octubre de 1989, 13 de marzo de 1990, 21 de febrero de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 2 de junio de 1992, entre otras), que exige para que sea procedente la resolución, que no se dé por quien la ejercita, una situación de incumplimiento previo, que motive a la otra parte a incumplir sus obligaciones en una aptitud de defensa de sus intereses.

Se requiere para que pueda ejercitarse con éxito la resolución, que la parte contra la que se dirige tenga la condición de exclusiva incumplidora de la obligaciones derivadas del contrato que se pretende resolver. Probado el hecho del incumplimiento previo por su parte se determina inoperante la resolución pretendida.

Además manifiesta que no es preciso para que sea posible la resolución que ese incumplimiento esté manifestado por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, sino que lo decisivo es que se produzca una frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria. (STS de 4 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— CODUP, S.A., vendió en documento privado unas viviendas de protección oficial, en dicho contrato se pactaron una serie de obligaciones que los compradores consideraron incumplidas, por la falta de la adecuada liquidación de cuentas, ya que ni se determinó ni justificó el precio oficial definitivo por metro cuadrado útil, se incluyeron cantidades que no correspondían pagar a los compradores, y sin que se efectuara la revalorización de las cantidades entregadas a cuenta del precio definitivo. Requeridos los compradores para el otorgamiento de escritura, y entrega de llaves, previo pago de la liquidación final, éstos no comparecieron en la Notaría. Resultando de dicha incomparecencia y la falta de pago del precio definitivo y otras cantidades exigibles, que la entidad vendedora mediante acta notarial, procediera a la resolución de los contratos de compraventa.

Los compradores instan juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se eleve a escritura pública el contrato de compraventa o subsidiariamente se declare la resolución del mismo, con el resarcimiento de daños y abono de intereses. En Primera y Segunda Instancia

se condena a la entidad demandada CODUP, S.A. a la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa.

En el recurso de casación planteado por ésta, se denuncia la infracción, de los arts. 1124 y 1504 CC, en la medida en que la sentencia de apelación no estimó la resolución que tuvo lugar por medio de acta notarial, de los contratos cuya elevación a escritura pública a resolución se pide por la parte demandante. (*M.I.M.P.*)

16. Moderna doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento del comprador de inmueble.— Tiene declarado esta Sala en la más moderna y ya consolidada jurisprudencia que es aplicable el art. 1504 CC a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero o injustificado (SS, entre otras de 20 de diciembre de 1989 y 4 de marzo de 1992), no siendo preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero y 16 mayo 1991); debiendo tenerse en cuenta que la declaración de la existencia o no de incumplimiento por los obligados es una cuestión de hecho que ha de ser respetada por esta Sala en tanto no sea desvirtuada por la vía procesal idónea.

No hay voluntad contraria al pago cuando se ofrece el pago de lo que se cree adeudar y se afianza la diferencia.— Afirmado en la sentencia combatida, sin que ello haya sido atacado convenientemente en este recurso, que «el impago en el supuesto de autos se hacía con referencia a un precio discutido sobre el que mantenían divergencias las partes», divergencias derivadas de las contrapuestas interpretaciones que las partes en conflicto daban a los referidos contratos de compraventas, no puede estimarse la existencia de una voluntad de los compradores obstativa al cumplimiento del contrato, existiendo en el presente caso una justa causa sanadora de esa conducta, como así se entendió en sentencia de 6 de noviembre de 1987 ante «las dudas acerca de la cuantía de lo adeudado sólo desvanecidas después de las pruebas practicadas en autos, todo lo cual no permite asegurar la concurrencia de una voluntad de incumplimiento por parte del comprador», pues como se dice en la sentencia de 6 de marzo de 1987, «en tanto ese elemento contractual (se refiere al precio) no se complete, no es posible hablar de una voluntad deliberadamente rebelde del comprador al pago del precio, presupuesto necesario de la resolución contractual»; por otra parte constan acreditados en autos los ofrecimientos por los compradores al Ayuntamiento vendedor de las cantidades que ellos estimaban justas y de afianzar hasta la cantidad reclamada, lo que revela sus disposición a cumplir lo pactado, sin que pueda exigirse a aquellos la consignación de esas cantidades lo que supondría imponer un plus no justificado a quien manifiesta una voluntad cumplidora de sus obligaciones.

Incumplimiento de ambas partes que motiva compensación de indemnizaciones.— Declarando por la Sala de instancia la existencia de un incumplimiento por ambas partes contratantes de sus recíprocas obligaciones, determinante de la compensación de los daños y perjuicios por unos y otro reclamados como consecuencia de esos incumplimientos, no se infringe por el Tribunal de apelación el precepto citado en el motivo sino que se aplica rectamente el párrafo último del art. 1.100 CC, al entender que el incumplimiento

de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra, por lo que no puede prosperar este motivo.

Carácter imperativo de los preceptos dedicados a las costas procesales.— Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores de la imposición de costas y más concretamente el art. 523, inspirado en el principio del vencimiento objetivo, son de inexcusable y obligada aplicación por el Juzgador sin que su aplicación venga regida por el principio dispositivo, por lo que no es necesaria la petición de la parte para que en la sentencia se hagan los pertinentes pronunciamientos sobre cual de las partes litigantes ha de soportar el pago de las costas causadas. (STS de 2 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El Ayuntamiento de Almarza fue demandado por los compradores de unas viviendas, que pedían que se declarasen improcedentes las resoluciones de los contratos de compraventa efectuadas por el demandado, y que se condenase al Ayuntamiento a otorgar las escrituras de compraventa, con entrega de llaves de las viviendas, y a pagar indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento. El Ayuntamiento contestó la demanda y formuló reconvenición solicitando que se declarase procedentes las resoluciones de las compraventas y, subsidiariamente, se declarase la fijación de un determinado precio de las mismas, y, en uno u otro caso, que se condenara a los actores a indemnizar al demandado reconviniente. Todos los órganos judiciales dieron la razón a los compradores, salvo en lo referente a la declaración de condena a indemnizar daños y perjuicios, al considerar que existía compensación de indemnizaciones, debido al incumplimiento de ambas partes. (L.F.R.S.)

17. Las donaciones *mortis causa* se caracterizan por la permanencia del donante en el dominio y libre disposición de la cosa donada.— El donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación el momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece.

La donación *mortis causa* exige para su validez la forma testamentaria.— Había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no se llegó a plasmar en realidad al no adoptarse las formas de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento, según previene el art. 620 CC. (STS de 13 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante solicitaba que se declarase que D. E.M.O. le había hecho donación de las acciones que representaban el 100% del capital de la sociedad de que éste segundo era propietario; con la intención y el común acuerdo de que tal decisión se ejecutara sólo después del fallecimiento del donante. A estos efectos D. E.M.O. dirige una carta a su amigo en la que hace constar de forma clara, indubitada y expresa su voluntad de donar al actor tales acciones de que era único titular y procede posteriormente a firmar «en blanco» los papeles de la transmisión de acciones ante un corredor de comercio, con instrucciones para que éste entregara la documentación completa al beneficiario

tras su fallecimiento. Producido el fallecimiento los herederos y el albacea se oponen a la pretensión del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima las pretensiones del actor, sentencia que es confirmada por la Audiencia Provincial; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto contra tal sentencia. (C.P.A.)

18. Donación onerosa. Interpretación del contrato.— La literalidad de las palabras no obliga a los Tribunales a la hora de determinar la verdadera naturaleza y calificación correspondiente a las relaciones contractuales, motivo por el cual, su actividad debe centrarse en la búsqueda de la verdadera intención de las partes. En el caso concreto el Tribunal estima que existe donación onerosa por una doble razón: en primer lugar, porque en diferentes certificados municipales, al Ayuntamiento en cuestión, supedita claramente su adhesión al contrato a la gratuidad de la cesión del inmueble; y, en segundo lugar, porque, aunque es cierto que los cedentes se reservan temporalmente la explotación de algunos de los locales, negocios y servicios del inmueble cedido, resulta manifiesto que el valor de lo donado es muy superior a la prestación reservada.

Forma en las donaciones.— «A las donaciones onerosas o modales se les aplica el régimen unitario propio de las donaciones, no obstante, el confuisionismo que parece crear el art. 622 CC que ha sido superado jurisprudencialmente, al relacionarse dicho precepto con el art. 619 CC». Ello determina que, tratándose de un bien inmueble y de conformidad con lo establecido en el art. 633 CC, resulte necesario para la validez y eficacia del contrato su otorgamiento en escritura pública. (STS 24 de septiembre de 1991; 26 de mayo de 1992; y 25 de octubre de 1993)».

Caracterización de la escritura pública como documento público.— Los documentos públicos pueden ser judiciales, notariales y administrativo-oficiales. Las escrituras públicas, en cambio, son las que requieren intervención del fedatario notarial, por lo que no todo documento público es escritura, y por consiguiente, garantiza el cumplimiento de la forma *ad solemnitatem* establecida en el art. 633 CC. En el supuesto en cuestión, el documento no resulta expedido por funcionario público, ni otorgado notarialmente, por lo que nos encontramos ante un documento privado perfectamente conformado como tal, pero que dadas las características del negocio celebrado, y en aras a una mayor seguridad jurídica, queda desprovisto de toda eficacia (STS de 7 de mayo de 1993). El efecto consiguiente será la liberación de sus obligaciones para los cedentes-donantes (STS de 31 de mayo de 1982 y 9 de mayo de 1988).

Comunidad Civil: legitimación. Conversión posterior en comunidad horizontal.— El art. 7. 3 LOPJ reconoce legitimación, no sólo a las corporaciones y asociaciones, sino también a los grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. A lo que debe unirse la legitimación complementaria sobrevenida, una vez que se constituye en comunidad horizontal, lo cual ratifica y complementa la que en un principio les fue reconocida. (STS 27 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El Ayuntamiento de Blanes interpone juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Rosa María V. P., don Alfredo I. P., don Juan José I. D., don Román I. S. y doña María V. de la P. como titulares registrales de la finca sita en la localidad de Santa Coloma de

Farmers y en la que actualmente se encuentra ubicado el Mercado Central, solicitando se declare su derecho de propiedad por cesión onerosa, y consiguientemente, que se proceda a la rectificación registral oportuna. Posteriormente se plantea y estima una cuestión incidental en la que se declara que debe ser tenida como parte en el proceso de la Comunidad de Propietarios del Mercado Central, que acude representada en la persona de su presidente y reconviene solicitando se declare que el dominio de la finca corresponde a la Comunidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento, y estima parcialmente el presentado por la representación de la Comunidad declarando que la propiedad actual del solar y edificio en cuestión pertenecen a los titulares registrales de las fincas, los cuales forman una comunidad de propietarios sometida a la LPH. Contra la sentencia se formaliza recurso de casación que resulta desestimado. (F.E.S.)

19. Contrato de obra: responsabilidad por ruina: vicios ruinógenos.— El concepto de ruina a que se refiere el art. 1591 CC es extensivo a la estimación de los graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la obra como impropia para la finalidad a que se destina, los cuales exceden de los vicios ocultos de la cosa vendida y tampoco integran la acción indemnizatoria por defectuoso cumplimiento de contrato.

Responsabilidad de los arquitectos.— Impuesta *ex lege* y con carácter forzoso la intervención de determinadas profesiones facultativas en el proceso constructivo, han de caracterizarse paralelamente como deberes del mismo origen aquellos que les vengán intimados desde su *status* profesional o dentro del mismo, ya por la índole de cada especialidad y correlativa esfera de incumbencias, como por estar éstas reguladas y atribuidas como privativas facultades y competencias; según doctrina de esta Sala, la responsabilidad de los Arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del Arquitecto siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción esta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de estos profesionales; en el presente caso, si bien es cierto que en el Libro de Ordenes, reproducido por desaparición del primeramente abierto, figuran instrucciones al contratista para la reparación de los defectos observados, no es menos cierto que tales instrucciones no fueron atendidas, sin que conste que los Arquitectos demandados adoptasen ninguna otra medida frente al constructor, sino que consintieron la inactividad de éste y, reconociendo la existencia de los vicios ruinógenos otorgan certificado de fin de obra para que la sociedad promotora tramite al expediente de calificación definitiva de las viviendas, dando así lugar a la subsistencia de defectos, lo que ha de calificarse como conducta negligente contraria a la función de garantía técnica que su intervención en la construcción comporta.

Pactos con terceros de limitación de responsabilidad.— La responsabilidad *ex lege* de los Arquitectos directores de la obra por ruina del edificio debida a causa de ellos imputable no puede ser alterada frente a los perjudicados por pactos con terceros.

Costas.— Estimada parcialmente la demanda en primera instancias y limitada la revocación en apelación a modificar el *quantum* de la indemnización, no procede hacer imposición de las costas de aquélla, por aplicación del párr. 2.º y no el 1.º del art. 523 de LEC. (STS de 27 de junio de 1994; ha lugar en parte). (G.G.C.)

20. Exclusión de las imperfecciones corrientes del ámbito del art. 1591 I CC.— Junto a los vicios en la construcción que entran en el concepto de ruina del art. 1591 I CC, se encuentran también los defectos constructivos menores denominados «imperfecciones corrientes» los cuales no generan la ruina del edificio construido. La acción para resarcirse de los daños ocasionados por este tipo de defectos debe ejercerse a través del art. 1101 CC.

Función y responsabilidad del arquitecto a tenor del art. 1.591 I CC.— Aun cuando el ordenamiento no prevé expresamente cuál es el deber del arquitecto en la construcción, se pueden inferir del que incumbe a los aparejadores. En este sentido, su misión no se limita a la elaboración del mero proyecto técnico, sino que se extiende también a una función de vigilancia y de dirección en la construcción.

Solidaridad de los responsables de la construcción en el resarcimiento de los daños ocasionados por la ruina del edificio.— Cuando no es posible determinar individualmente al causante del daño ruinógeno, y, por lo tanto, no se puede estimar el grado de culpa imputable a cada uno de los que intervinieron en la construcción, ha de admitirse una responsabilidad solidaria de todos ellos. En cualquier caso, éstos pueden posteriormente iniciar las actividades judiciales pertinentes con el objeto de establecer entre sí el alcance de sus propias responsabilidades. (STS de 22 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se reclama una determinada indemnización por los daños ocasionados por la defectuosa construcción de un conjunto de edificios. Tales defectos no amenazaban ruina de la construcción y consistían en desperfectos en las cubiertas, fisuras, saneamiento del garaje, y otros de similar factura.

El Juzgado de Primera Instancia accede a las pretensiones manifestadas por los demandantes, pero no así la Audiencia Provincial que exime de responsabilidad por la causación de ciertos de aquellos daños a los demandados. El TS desestima el recurso interpuesto por varios de los demandados.

NOTA.— Junto al concepto estricto de ruina, como destrucción total o parcial del edificio, la jurisprudencia ha creado el de «ruina funcional», el cual tiene como premisa básica la existencia de un error en la construcción de la edificación que, previsiblemente, puede llevar en el futuro a una ruina equiparable a la primera, o que la hace inútil para el fin que le es propio (p. ej., defectos en la cubierta de manera tal que se produzcan humedades). En esta sentencia, el TS añade la noción de «imperfecciones corrientes», las cuales se caracterizan porque no implican ruina en cualquiera de los sentidos que acabamos de ver.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, el TS no hace sino confirmar un justo criterio que ya ha señalado en otras sentencias anteriores. (J.C.E.L.)

21. Prescripción de la facultad y acción del arrendador para elevar la renta en los términos convenidos en una cláusula de estabilización: supuestos.— «El primer motivo del recurso acusa infracción del art. 101-1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 y se funda esencialmente en que este precepto “excluye de la Prescripción la facultad y acción del arrendador para elevar la renta”, que infiere de que, conforme al mismo, “la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan podrán ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efecto retroactivo”.— El motivo debe prosperar aunque no con la amplitud como se plantea, dado que: a) Es errónea la tesis de la Audiencia al entender que el plazo prescriptivo de quince años es aplicable a “la pretensión de exigir la elevación de renta contractualmente pactada” sin distinguir la facultad de solicitar el aumento de su concreta operatividad al darse sucesivamente los presupuestos del mismo según la cláusula de estabilización, pues el hecho de que no se ejercite la facultad de aumentar la renta durante algún tiempo no priva de eficacia a la cláusula cuya vigencia se extiende a todo el tiempo de duración del contrato; y b) No así, por el contrario, las concretas elevaciones de renta que, por razones de seguridad jurídica, determinantes del propio instituto de la prescripción son susceptibles de ésta, de donde se sigue, en el caso que nos ocupa, que los aumentos de renta que pudieron derivarse de la aplicación de la cláusula segunda del contrato con anterioridad al 22 de junio de 1974 —el requerimiento de la arrendadora se realizó el 22 de junio de 1989— se hallan ciertamente prescritos por aplicación de la normativa general de los arts. 1964 y 1969 del Código civil, que no se ve excluida por la posibilidad de ejercitar el derecho en cualquier tiempo, se reconoce, pero sin perjuicio de la posible prescripción; por tanto, el motivo debe estimarse en cuanto a los aumentos pertinentes posteriores a la indicada fecha a los que, ha de insistirse en ello, se aplica el criterio legal del art. 101-1 de la Ley arrendaticia sobre el ejercicio de la “facultad del arrendador para elevar la renta” en cualquier tiempo, pero sin efecto retroactivo». (STS de 28 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Recurre al Juzgado la arrendadora de un inmueble solicitando se declare la resolución del arrendamiento o, alternatively, la revisión de la renta de acuerdo con lo establecido en el contrato. El Juzgado estima la petición alternativa. Apela el arrendatario y su recurso es estimado íntegramente por entender la Audiencia que, en aplicación del art. 1964 CC, ha transcurrido el plazo de 15 años desde que el arrendador pudo reclamar su derecho. Interpone recurso de casación la arrendadora. El Tribunal Supremo lo estima. (R.G.S.)

22. Contrato de arrendamiento urbano. Elevación de la renta.— Son lícitas las cláusulas de estabilización de rentas recogidas en los contratos de arrendamientos aunque únicamente contemplen una elevación de la renta de acuerdo al índice ponderado del coste de la vida. El cálculo de dicha elevación se realizará, no sobre la renta contractual, sino sobre la renta revisada.

Es doctrina reiterada por esta Sala que el art. 101-1.º de la LAU 4104/1964 no da efecto retroactivo al aumento de rentas pedido, produciéndose el efecto elevatorio desde el momento en que se ha efectuado la reclamación.

En el caso que analizamos únicamente queda constancia documental fehaciente de la notificación al arrendatario del aumento de renta a partir de mayo y junio de 1983, por lo que el arrendatario sólo pagará a partir de entonces la diferencia entre las rentas existentes y las que debía haber pagado aplicando la subida pactada sobre las rentas revalorizadas.

Cuando el aumento de renta deriva de un pacto contractual, como en el presente caso, no es aplicable a la acción para exigir dicho aumento el plazo de caducidad establecido en el art. 106-1.º de la citada LAU, sino el plazo prescriptivo del art. 1964-1.º CC. (SS TS de 23 de junio de 1986, 4 de febrero de 1987, 20 de octubre de 1988, etc.). (STS de 29 de septiembre de 1984; ha lugar).

HECHOS.— Rosario T. P realiza un contrato de arrendamiento con la entidad «AUTO SPAIN, S.A.» en la que establecen contractualmente una cláusula por la que se autoriza una revisión anual de la renta de acuerdo con los índices ponderados del coste de la vida.

La actora promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre revisión de rentas y abono de la cantidad determinada por dicha revisión ascendiendo a 6.482.180 pesetas. EL Juzgado de Primera Instancia estima la misma, salvo en lo referente a la devolución de la cantidad consignada percibida por el actor. Recurrida la sentencia por «AUTO SPAIN S.A.», la Audiencia, estimando en parte la demanda, declara la validez de la cláusula de revisión anual que se aplicará sobre la renta revisada. Interpuesto recurso de casación, por D.ª Rosario, el TS declara haber lugar al recuso, obligando a la entidad a abonar la diferencia entre las rentas satisfechas y las que correspondía pagar a partir de la notificación del aumento de la renta. (N.L.C.)

23. Arrendamiento urbano. Eficacia e interpretación de la cláusula por la que el arrendatario se hace cargo de las repercusiones que correspondan a las obras generales que se realicen en el inmueble.— Respecto a la primera de las cuestiones y atendiendo a la fecha del contrato (26 de junio de 1983) resulta incuestionable la validez de la cláusula en virtud del amplio margen que, en materia de rentas, se reconoce a la autonomía de la voluntad de los particulares en los arts. 97 y 98 de la LAU (con posterioridad al Decreto de 1964). En cuanto a la interpretación, señala el Alto Tribunal que, de la literalidad de la cláusula y de la intención de las partes parece lógico entender que la cláusula no limita su ámbito a las obras que se realicen en el espacio comprendido en el local arrendado, sino en el marco más extenso que representa la totalidad del inmueble en el que aquél se encuentra ubicado.

Calificación de obra necesaria.— La dicción del art. 108 del Texto Refundido de la LAU aprobado por Decreto 4101/64 de 24 de diciembre, permite extender su contenido, no sólo a las obras necesarias a fin de conservar la vivienda o local en estado de servir para el uso convenido, sino, también, a las que se realicen por determinación de cualquier organismo o autoridad competente. En el caso concreto, se trata de obras que afectan a elementos comunes realizadas por orden del Ayuntamiento.

Repercusión de las obras.— El art. 1258 CC extiende la obligatoriedad del contrato, no sólo al cumplimiento de lo pactado de manera expresa, sino, también, a las consecuencias que conforme a la buena fe, el uso y la ley se desprendan del mismo. Mientras que el art. 1256 CC especifica que la validez y

el cumplimiento contractual no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Por todo ello, se debe integrar la voluntad contractual, entendiéndose que, a falta de acuerdos, serán de aplicación las repercusiones legalmente establecidas (art. 108 LAU), esto es, el 12% anual del capital invertido, hasta el tope del 50% de la renta anual. (STS de 28 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Tiburcio M. C., en su condición de arrendador, promueve procedimiento incidental de reclamación de cantidad, frente a don Elviro H. O., arrendatario, con el objeto de repercutir las obras recientemente realizadas en el inmueble donde se encuentra el local arrendado, a requerimiento del Ayuntamiento de la localidad. Entre las condiciones del contrato de arrendamiento de fecha 27 de julio de 1983, se establece que será de cuenta del arrendatario las repercusiones que correspondan por obras generales que se realicen en el inmueble. El demandado se opone por considerar que cuando en dicha cláusula se habla de inmueble se está refiriendo exclusivamente a las obras que se efectúen en el local arrendado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Resolución que resulta revocada por la Audiencia Provincial. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (F.E.S.)

24. Arrendamiento de local de negocio. Instalación de máquinas recreativas. Interpretación del contrato, consentimiento del arrendador. Resolución.— La aplicación y observancia de la causa resolutoria 5ª del art. 114 del Texto refundido de 24 de diciembre de 1964 por el que se aprueba la Ley de Arrendamientos Urbanos, no queda exonerada ni por la circunstancia de que la actividad negocial no estuviese excluida del ámbito contractual arrendaticio, ni por las disposiciones que en el orden administrativo regulan la concesión y explotación de las máquinas recreativas (en el caso en cuestión la empresa propietaria de las máquinas obtuvo la oportuna licencia de apertura y funcionamiento de Salón en el local), puesto que, la sanción resolutoria se encuentra en función de la introducción de un tercero en el local de modo distinto al autorizado legalmente. Lo esencial, a estos efectos, será, por un lado, determinar si la explotación del negocio de las máquinas la realiza exclusivamente el arrendatario, o se cede en todo o en parte al propietario de las mismas, y, por otro, establecer el volumen de negocio que las mismas representan.

Consideración de la instalación y explotación de máquinas recreativas por un tercero como contrato de subarriendo, o como simple actividad complementaria de atracción de clientela.— Recogiendo la doctrina derivada de la sentencia de 10 de octubre de 1991, el Tribunal Supremo no permanece ajeno a la realidad social que manifiesta la existencia generalizada en locales de negocio de máquinas y servicios de diverso tipo (tabaco, teléfonos, dulces, etc.) pertenecientes y explotadas por distinto dueño. Tiene presente que dichos elementos extraños al contrato contribuyen o complementan lo necesario para un moderno desarrollo de la actividad comercial, pero debe evitar que este criterio tolerante ampare supuestos en los que las máquinas o servicios, por su entidad, lleguen a desnaturalizar el objeto y el carácter del arrendamiento, a alterar la actividad económica del negocio por no ser proporcionados al resultado del mismo. (STS de 18 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Roberto F. G., en su condición de arrendador, formula demanda de juicio incidental de la Ley de Arrendamiento Urbanos contra doña Victoria Aridane D. R., arrendataria, sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio al amparo del n.º 5 del art. 114 de aquella Ley (según la redacción dada por el Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964), por haber permitido la arrendataria a un tercero, «Automáticos Canarias S.A.», la instalación y explotación en el local arrendado de un salón de máquinas recreativas, sin encontrarse legalmente autorizado para ello. La pretensión fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia declarando resuelto el contrato. Resolución que confirma la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.— El Tribunal Supremo retoma la doctrina sentada en las SS de 21 de febrero 1991, 10 de octubre de 1991 y 31 de octubre de 1992, en atención a la cual, el criterio determinante para diferenciar el contrato de subarriendo y la simple actividad complementaria de atracción de clientela en los supuestos de instalación de maquinaria perteneciente a terceras personas ajenas a la relación arrendaticia, viene determinado por la entidad o importancia económica que presente su explotación en relación con el volumen total del negocio que se realiza en el local. El supuesto en cuestión no ofrece la más mínima duda, puesto que, como bien se señala en la sentencia, en el interior del local aparece inscrito repetidamente y con caracteres muy visibles el nombre de «Automáticos Canarias S.A.», empresa que, a su vez, fue la que obtuvo la licencia de apertura y funcionamiento, así como la que se encarga de explotar las diferentes máquinas instaladas en el local, actividades todas ellas que sobrepasan el calificativo de complementarias, constituyéndose en una auténtica cesión inconstituida. (F.E.S.)

25. Interpretación formal de los requisitos para la legalidad del subarriendo de local de negocio.— De acuerdo con el art. 22.1 de la anterior LAU, la validez de tal acto precisa que el consentimiento del arrendador sea expreso y por escrito. Únicamente puede admitirse un subarriendo en el que no concurren dichas circunstancias, cuando se trate de arrendamientos en cuya fase constitutiva no aparezcan reflejados de manera clara quiénes son los intervinientes.

Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio en función de las causas 2.ª y 5.ª del art. de la anterior LAU.— Para que opere la resolución de un contrato, con base en dichas causas, basta simplemente con que se permita a un tercero que utilice en su propio beneficio el local en cuestión, ya que ello supondría un acto de disposición sobre tal local, ajeno al ámbito de facultades propio del contrato de arrendamiento, por virtud del cual el arrendatario sólo adquiere un derecho de uso. (STS de 29 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se insta juicio de desahucio de local de negocio por subarriendo inconstituido. Sin que haya resultado desmentido por actividad probatoria alguna, los demandados consintieron que un tercero

accediese y utilizase el local para instalar un negocio propio. Frente a este hecho, el arrendador niega cualquier consentimiento expreso o tácito a tal subarriendo.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial y el TS estiman unánimemente las pretensiones del arrendador-demandante, y ordenan la resolución del contrato y que el local quede libre a su disposición.

NOTA.— Aunque el TS parte de forma contundente de una interpretación literal del art. 22.1 de la anterior LAU, conforme a la cual el subarriendo de local de negocio exige que el consentimiento del arrendador al mismo conste de manera expresa y por escrito, parece luego admitir la posibilidad de que dicho consentimiento pueda deducirse también de actos o hechos concluyentes de acuerdo con el art. 1.253 CC. En este sentido, parece que la desestimación del recurso interpuesto por el arrendatario no se debe a la falta de cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el art. 22.1, sino antes bien a la ausencia de una prueba precisa sobre si del comportamiento del arrendador podía deducirse un consentimiento no escrito al subarriendo. Con anterioridad, el TS se ha mostrado favorable a que la constancia por escrito del consentimiento del arrendador al subarriendo de local de negocio no deba exigirse como valor constitutivo del mismo, sino como mero requisito *ad probationem* (STS de 14 de octubre de 1991).

En definitiva, en virtud de esta sentencia el TS deja una puerta abierta a una interpretación flexible de la ley que aligere el peso de las consecuencias a que una interpretación excesivamente formalista podría conducir, y que no se compadece, en absoluto, con el sistema instaurado por la nueva Ley de 24 de noviembre de 1994. (J.C.E.L.)

26. Arrendamientos urbanos. Obras del art. 118 de la Ley Arrendamientos Urbanos. Acción de resolución.— La primera cuestión de índole puramente jurídica, debe de analizarse a través de las sucesivas redacciones que ha sufrido la Ley arrendaticia. La regulación que figuraba en el antiguo art. 155 de la Ley, fue modificada a partir de la Ley de 1956, sustituyendo la expresión «valor de la finca a efectos fiscales», por el contenido actual del art. 118, en el que se habla de «pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio», o «cuando para la reconstrucción de la vivienda o local de negocio se haga preciso la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 % de su valor real al tiempo de ocurrir aquél», etc. Es decir, el legislador hizo la modificación pensando que el edificio en su totalidad puede no estar destruido, afectando la pérdida sólo a una parte del mismo, y sólo se dará la resolución arrendaticia, cuando esa pérdida técnica afecte a la vivienda o al local arrendado, independientemente de lo que ocurra con el resto del inmueble; siempre, claro está, que la parte destruida no afecte tangencialmente a la estabilidad o a las deformaciones del local o la vivienda.

La modificación legal no puede interpretarse de otra forma, y aunque es cierto que existen algunas sentencias de esta Sala, que, siguiendo el tenor de la antigua reglamentación, no hayan interpretado la actual regulación en el sentido literal de la misma, no lo es menos, que la más moderna jurisprudencia ha cambiado de sentido, siendo ejemplo de tal cambio, entre otras, la sentencia de fecha 13 de mayo de 1974) en la que de una forma clara refiere tanto

el importe de las obras, como el valor de lo edificado, a las concretas dependencias cuya resolución arrendaticia se discute. Orientación jurisprudencial que correctamente sigue el Tribunal de apelación. (STS de 7 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado estimó la demanda y declaró resueltos los contratos de arrendamiento, menos uno al que estimando la reconvencción declaró su suspensión por dos meses, mientras duren las obras, desalojo, impago de rentas y derecho a retornar a local de las mismas características. La Audiencia revocó la sentencia y desestimó la resolución de los contratos y estimó la reconvencción salvo de uno de los apelantes. El Tribunal Supremo casó la sentencia y confirmó la de primera instancia. (A.C.S.)

27. Retracto mediante aval bancario.— La exigencia del art. 1618 n.º 2 LEC de que se consigne el «precio» del retracto no se cumple mediante un aval bancario, puesto que éste no es de realización inmediata. El afianzamiento sólo esta permitido en la medida en que el precio en cuestión no sea conocido.

Naturaleza del afianzamiento en el retracto.— De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1618 n.º 2 LEC, la consignación del precio no constituye un mero trámite procesal, sino que es un auténtico presupuesto básico de la eventual adquisición a través del retracto. (STS de 27 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— En un proceso sobre retracto arrendaticio, el demandante realiza la consigna del precio que indica el art. 1618 n.º 2 LEC mediante un aval bancario. A ello se opone la parte demandada. Hay que tener en cuenta que el precio establecido para el retracto era conocido.

El Juzgado de Primera Instancia accede a la petición de la parte actora, pero no así la Audiencia Provincial. El demandante recurre ante el TS y alega, por una parte, que el aval bancario debe ser considerado como dinero en metálico; y, por otra, que, al no habersele permitido la consignación del precio mediante un aval de estas características, se han vulnerado los principios constitucionales de audiencia y defensa procesales. (J.C.E.L.)

28. Arrendamiento Rústico. Naturaleza del contrato.— A pesar de que el contrato fuese calificado por las partes como de aparcería, una correcta aplicación de los arts. 101 y 102 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, lleva al Tribunal a la conclusión de que se trata de un contrato de arrendamiento parciario, puesto que la aportación del cedente se limita a las tierras de cultivo, mientras que corre a cargo del cesionario la aportación de la maquinaria, ganado, capital circulante, etc.

Determinación de Procedimiento. Aplicabilidad de la Ley de 1980 o de la normativa establecida en el Código civil. Condición de profesional de la agricultura.— La aplicación de la Ley especial, con marcada vocación de protección de los agricultores, se encuentra sometida a una serie de requisitos de diversa índole: Unos de carácter subjetivo, representados por la exi-

gencia de la condición de profesional de la agricultura de la persona que pretenda tomar las tierras en arrendamiento (art. 17); Otros de carácter objetivo, que se determinan en función de la extensión de las tierras que se ceden en cultivo (500 Hectáreas de secano o 50 de regadío) (art. 18). En el caso de que no se cumpla con alguno de los mencionados requisitos, la Ley faculta al IRYDA para subrogarse en los contratos habiendo de encomendar en subarriendo el cultivo de las tierras. No obstante, si el IRYDA no hiciese uso de la facultad conferida, la consecuencia no habrá de ser la nulidad, sino el sometimiento a la normativa estipulada en el Código civil. Sin embargo, en el caso de autos, la finca no supera los límites de extensión que la saquen del ámbito protegido, y la condición de profesional de la agricultura, al no existir organismo ni institución alguna que se encargue de expedir títulos, podrá alcanzarse por todo aquél que según el art. 15 se encuentre en plenitud de sus derechos civiles, emancipado o habilitado de edad, se dedique o vaya a dedicarse de modo preferente a la actividad de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. En conclusión, debe entenderse aplicable al caso la normativa de la Ley de 1980.

Resolución del contrato.— El hecho de que con posterioridad a la celebración del contrato no se llegue a alcanzar o se pierda la condición de profesional de la agricultura, constituye una causa de resolución del mismo (art. 76). Por lo demás, queda suficientemente probado el abandono voluntario, la cesión incontestada del uso de la finca, y la circunstancia de haber quedado indeterminados los frutos que constituían las rentas de los años 1987 y 1988 al haber sido retirados unilateralmente por los cultivadores. Todo ello genera la admisión de la solicitud de resolución del contrato en aplicación de los números 1.º, 3.º, 4.º, y 5.º del art. 75 LAR (STS de 19 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Don José Luis y doña. Soledad M. M. interponen demanda en juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento parciario contra don José Luis C. B. y don Francisco Javier R. E., basándose entre otros argumentos en la falta de condición de profesional de la agricultura, impago de rentas y subarriendo incontestado. Solicitando la extinción de la relación arrendaticia, el desalojo, el pago de las rentas debidas, y la realización de una serie de obras destinadas a reparar el deterioro que había sufrido la finca a causa del abandono. La representación de la parte demandada formula reconvencción, solicitando que las referidas obras fueran realizadas a cargo del arrendador, así como, la desestimación de los pedimentos de los actores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial se abstienen de entrar a conocer la cuestión de fondo, por entender que, siendo de aplicación la disciplina contemplada en el Código civil, los litigios que versen sobre dicho contrato no se substanciarán por los cauces del juicio de cognición, sino por el procedimiento ordinario que corresponda en función a su cuantía. La representación de la parte actora interpone recurso de casación que resulta estimado, declarándose resuelto el contrato objeto del litigio. (F.E.S.)

29. Contrato de mediación: Derecho a los honorarios: obligaciones del agente mediador: incumplimiento.— Como norma general y salvo pacto expreso en contrario, el derecho del agente mediador al cobro de su comisión nace desde el momento mismo en que el contrato de compraventa, objeto

de la mediación, queda perfeccionado, sin necesidad de esperar a la consumación del mismo, a la que ya es ajeno el agente mediador; pero esta doctrina jurisprudencial presupone que el contrato de compraventa que se perfeccione corresponda a la verdadera situación jurídica y registral del inmueble o inmuebles que se traten de vender, lo que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria tiene el deber profesional de averiguar y conocer conforme al pár. 2.º del art. 30 del Reglamento de los Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 4 de diciembre de 1969, y de ponerlo en conocimiento de las dos partes, y de responder de la exactitud de los datos que les facilite, nada de lo cual consta se haya cumplido en este caso pues el contrato de compraventa redactado por aquél decía en términos simplistas que las fincas pertenecían en pleno dominio a los esposos vendedores y que éstos las vendían «libres de toda carga y gravamen», cuando en realidad una de ellas pertenecía a una sociedad anónima y estaba sujeta a una condición resolutoria explícita; circunstancias que de haber sido conocidas por el comprador, no hubiera dado su consentimiento. (STS de 4 de julio de 1994; ha lugar).

NOTA.— No puede menos de calificarse de curioso el hecho de que la demanda de reclamación de honorarios, interpuesta por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria, fuera estimada íntegramente en ambas instancias. Los argumentos de la s. extranctada parecen absolutamente convincente a la vista de los deberes profesionales que recaen sobre tales mediadores. (G.G.C.)

30. Representación procesal. Indemnización de daños y perjuicios. Falta de diligencia.— No se combate la argumentación básica mantenida por la sentencia recurrida, que parte de que, aun cuando la carta que el demandado remite al demandante carece de firma o sello alguno, lo que no es suficiente para acreditar que cumplió con su deber profesional, no es menos cierto que tampoco la parte contraria ha acreditado que aquél hubiera dejado de cumplir tal deber, siendo desorbitado exigir de los procuradores que tengan que recoger la firma que acredite la entrega de todos los documentos que pasan por sus manos, máxime si partimos de la confianza en que se basa la relación que les une a sus clientes y a los profesionales encargados de la dirección jurídica (STS de 14 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— D. B.Q.S. interpuso demanda contra D. J.M.^a M.G., con fin de que fuera declarada la negligencia en el proceder del demandado, de resultas de su actuación como procurador de los tribunales en nombre y representación del demandante. El Tribunal de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia provincial admitió el recurso de apelación, revocando la sentencia anterior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P.C.A.)

31. Responsabilidad extracontractual. Duplicidad de indemnización por el mismo daño.— Si la acción ejercitada en este proceso tiene por objeto obtener la reparación por los daños causados por el incendio litigioso y tales daños ya le han sido (en parte) indemnizados por su entidad aseguradora (concretamente, en la cantidad de 3.459.398 pesetas), es evidente que, en evitación

del enriquecimiento sin causa que para el demandante supondría una duplicidad de indemnización por el mismo daño sufrido por el incendio, solamente ha de reconocérsele el derecho a recibir del demandado, aquí recurrente, Sr. S. G., la diferencia entre el importe total de los daños sufridos (6.892.968 pesetas) y la indemnización que ya ha percibido por tales daños (3.459.398 pesetas), o sea, la cantidad de tres millones cuatrocientos treinta y tres mil quinientas setenta (3.433.570 pesetas), y ello sin perjuicio de que, conforme al art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora que ya pagó al actor la referida indemnización (3.459.398 pesetas) pueda ejercitar contra el Sr. S.G. (responsable del siniestro) los derechos y acciones que, por razón del mismo, correspondían al asegurado. (STS de 1 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Con relación a un incendio, don José S.G., en su calidad de propietario de la finca rústica perjudicada por dicho incendio, promovió contra la Sociedad Agraria de Transformación y contra don Félix S.G. el proceso del que este recurso dimana, en el que postuló se condene a dichos demandados, con carácter solidario, a indemnizarle en la cantidad de seis millones novecientos noventa y cuatro mil pesetas. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Audiencia, por la que, confirmando totalmente la de primera instancia, hace este pronunciamiento doble: a) Estima la demanda con respecto al demandado D. Félix S.G.; b) al mismo tiempo, desestima la demanda con respecto a la codemandada Sociedad Agraria de Transformación. Contra la referida sentencia de la Audiencia, los codemandados D. Félix S.G. y Sociedad Agraria de Transformación han interpuesto recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. (A.C.S.)

32. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente de caza.— Según el art. 1902 CC, es claro que sin la concurrencia de culpa no existe responsabilidad. La negligencia a que se refiere dicho precepto puede caracterizarse por la omisión de una normal previsibilidad. En este sentido, resulta negligente el comportamiento del cazador que, sin atenerse a las cautelas previstas en el Reglamento de Caza sobre contacto verbal y visual continuo con otros cazadores, dispara sobre una pieza que corre a ras del suelo, sin haberse asegurado antes de la pérdida de dicho contacto.

Requisitos de existencia de responsabilidad extracontractual.— Además del comportamiento negligente, debe producirse un resultado dañoso y existir una efectiva relación causal entre uno y otro. En el caso concreto que se analiza, la responsabilidad imputable al causante del daño no desaparecería, aunque la pérdida del contacto visual con el grupo principal de cazadores pudiese ser atribuida a la víctima. (STS de 26 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se trata de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de un accidente de caza. En un determinado lugar de monte bajo y matorral, un grupo de cazadores se encontraba cazando conejos según el sistema denominado «a la mano o en línea», el cual se caracteriza por que los cazadores avanzan formando una línea paralela al horizonte.

El demandado, recurrente en casación, dispara contra un conejo, pero al girar hacia atrás para efectuar el disparo, alcanza al demandan-

te, que se había quedado rezagado tras unas matas, de forma tal que éste sufre la pérdida de un ojo. A consecuencia de las heridas recibidas, queda incapacitado para la práctica de su actividad profesional.

NOTA.— El TS resuelve acertadamente la cuestión que le es planteada. A nuestro juicio, sin embargo, en el caso que estamos planteando, la base de la imputación de responsabilidad extracontractual al causante del daño, antes que a la idea de «previsibilidad del daño», responde más bien a la de «creación de riesgo». En cualquier caso, constituye un ejemplo más de cómo la jurisprudencia del TS admite supuestos de responsabilidad extracontractual de corte cuasi-objetiva, en virtud de un deber de control sobre el peligro inherente a una actividad concreta. (J.C.E.L.)

33. Responsabilidad de anestesista. Bradicardia con secuelas de cuadro demencial permanente con anulación de la capacidad física y mental.— El actor ingresó en la Residencia Sanitaria A. para someterse a una intervención quirúrgica de corrección de una desviación de tabique nasal, con estado de salud normal no detectándose ninguna anomalía en el preoperatorio que se le practicó, así como que la intervención, se desarrolló con normalidad hasta que al finalizar se produjo una bradicardia intensa que originó que el anestesista ordenara avisar a otro que le ayudó a que el paciente recuperase el ritmo cardiaco, aunque como secuelas de aquella quedaron afectadas sus facultades físicas y psíquicas presentando un cuadro demencial que va a ser permanente y anula completamente su capacidad física e intelectual, aceptándose por la Sala de instancia que las causas determinantes del daño son imputables en su producción al anestesista que no obró con la debida diligencia en el desempeño de sus funciones.

Prescripción extintiva: *dies a quo*: designación de la esposa como tutora del incapaz.— Ambas sentencias de instancia sostienen que el tiempo para computar el plazo de un año tiene como *dies a quo* la fecha en que después de la declaración de incapacidad fue designada la actora como tutora de su esposo.

Interrupción de la prescripción: doctrina general sobre la intervención de terceros: intervención de la esposa por incapacidad de hecho del marido.— Según reiterada jurisprudencia el instituto de la prescripción al no estar fundado en razones de justicia sino de seguridad jurídica, que deben ceder ante las anteriores, no debe ser objeto de una aplicación rigorista sino que ha de ser entendido con talante restrictivo cauteloso, debiendo valorarse significativamente la actitud del perjudicado de reclamar por exteriorizar un ánimo de hacer efectivo su derecho y no de abandono del mismo; no debe desconocerse, sin embargo, que la reclamación de un tercero no ha de tener relevancia interruptiva de la prescripción cuando active derechos propios y no del perjudicado, ni cuando las acciones ejercitadas son distintas o independientes; en este caso la actora, desde el primer momento en que se produjo el daño a su marido, mantuvo una actividad permanente al solicitar la pertinente indemnización, tanto en vía penal como en vía civil, habiendo acudido a impetrar la tutela judicial para lograr la incapacidad de su esposo así como solicitando autorización judicial para el ejercicio de la acción; existió un indudable propósito de reclamar canalizado, no a través del legitimado activamente, en cuanto

que había sufrido el daño, por incapacidad de hecho de éste, sino con defectuosa técnica jurídica ejercitando la acción en su propio nombre, aunque una vez accionó en representación de la hija menor, en beneficio de a sociedad de gananciales y en representación de su esposo.

Interrupción de la prescripción por ejercicio judicial: valoración de la conducta de la esposa.— La interrupción de la prescripción producida por el ejercicio de la acción ante los Tribunales tiene lugar aunque el pleito no resuelva el fondo del asunto, lo que ocurre si se demanda ante órgano incompetente; próxima a esta situación, aunque no sea la misma, es la de la esposa del perjudicado que si en asunto anterior no consiguió ver coronada por el éxito su pretensión de resarcimiento ello no se debió a que la reclamación no versara sobre la cuestión nuclear que aquí se debate, sino a causa de carencias técnicas en el planteamiento tales como defectos de «representación» que debieron ser sanados, o «falta de acción» o de «legitimación», que aunque sean problemas que se tratan generalmente con el fondo, siempre se resuelven en una cuestión preliminar al fondo en sentido estricto; de todo ello no queda en absoluto claro que la actora fuera tercera ajena a la *litis*, ni que la pretensión no tuviera por sustento los hechos básicos que ahora se debaten en este pleito, todo lo cual acredita una voluntad activa de reclamación de los daños producidos por los referidos hechos, incompatible con la dejación y abandono que sanciona la prescripción. (STS de 20 de junio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La lectura de esta sentencia permite asomarnos al drama humano vivido por la esposa de la víctima que, con ocasión de una operación que no puede menos de calificarse de poco importante, sufre las tremendas secuelas que han conducido a una declaración de incapacidad (total, a juzgar de los datos que constan en la S.); asistimos al peregrinar por juzgados y Tribunales, quizá insuficientemente aconsejada, hasta conseguir una indemnización de veinte millones de pesetas que no parecen excesivos para atender de por vida a su marido. No puede menos de asentir al fallo del TS que desmonta uno a uno una serie de argumentos que, en primera instancia, condujeron a la desestimación de la demanda. Parece lógico que se reitere el juicio desfavorable que al jurista merece la prescripción extintiva (*Ein Hundert Unrecht machen nicht ein Jahr Recht*, decía el conocido brocardo germánico). Pero no hay mas remedio que reconocer que a s. prescinde del art. 1932 par. 1.º interpretado por DÍEZ PICAZO (*Com. Min. Justicia*, II, p. 2087) en el sentido de establecer una regla objetiva que hace desaparecer todas las excepciones al brocardo *contra non volentem agere non currit prescriptio*, sin distinción alguna; de suerte que cualquiera que sea la índole, la condición o el estado civil del sujeto pasivo, sea éste capaz o incapaz, la prescripción se produce; la prescripción corre tanto contra las personas capaces como contra las incapaces o las que tengan una capacidad de obrar limitada, y tanto si tienen representante legal como si no lo tienen. Antes de la designación de la esposa como tutora de su marido, representaba a éste, por lo menos, el Ministerio Fiscal. En mi opinión, aprobar la s. resulta conforme con la equidad, pero, a renglón seguido, hay que pedir al legislador una reforma del art. 1932 par. 1.º, anticipada, en algún punto, por esta sentencia verdaderamente correctora del CC. (G.G.C.)

34. Responsabilidad de la administración sanitaria: enfermo con síntomas de infarto agudo: cuadro irreversible de tetraplejia: falta de prueba de la culpa.— La concurrencia del soporte culpabilístico no se infiere del resultado probatorio practicado y valorado en los autos ya que se afirma la inexistencia de prueba alguna acerca de la culpa o negligencia, ni de los médicos, ni de la Administración sanitaria, y se insiste en no haberse apreciado la menor culpa o responsabilidad ni en la Administración demandada, ni en los que debieron ser traídos al pleito, los médicos del equipo, así como la total desconexión con el resultado final.

Prueba de la intubación del enfermo: inversión de la carga de la prueba.— En la sentencia recurrida se afirma que «ha recaído sobre el Servicio de Salud demandado toda la carga de probar su actuación diligente, a lo que en modo alguno estaba obligado, correspondiendo al paciente probar el hecho fundamental que imputa a la parte demandada: la inexistencia del mecanismo de intubación del enfermo en los momentos subsiguientes al operatorio»; pero ello no significa que el Tribunal *a quo* desconociese la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba y su inversión en los casos que procediese, especialmente cuando es doctrina de la Sala que no se altera el principio de distribución de la carga probatoria si el juzgador realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, que fue en realidad lo acontecido cuando a propósito de la intubación se hizo constar que de los dictámenes facultativos obrantes se infiere nítidamente no sólo que la intubación se produjo sino que, de no haberse aplicado al enfermo, este hubiera inmediatamente fallecido.

Valor de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984.— La Ley de 19 de julio de 1984 es una especie de *ley marco* que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento, como previene su art. 1.º 1 de acuerdo con el art. 53.3 CE y en desarrollo de su art. 51.1 y 2, y cuya regulación se extiende, primordialmente, al comercio interior y al régimen de autorización de productos comerciales, cual se desprende del n.º 3 del preciado art. 51 y corrobora el inciso final del n.º 1 del art. 1.º de la Ley al decir que «en todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 y 129 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el art. 139». Consecuencia inmediata de su espíritu informador es que su aplicación, fuera de los supuestos que contempla específicamente y que sanciona en vía administrativa, tiene que estar en íntima relación con los preceptos que, contenidos en los textos legales sustantivos, fuesen los llamados a regular el caso sometido a enjuiciamiento; es decir, que su aplicación sería concurrente y condicionada, en cierta manera, a la primacía de los mencionados preceptos sustantivos.

El art. 28.2 LGDCU no consagra el principio de una responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo: carácter subjetivo de la responsabilidad médica según el régimen del CC.— El art. 28.2 de la Ley de 1984, en atención a que afecta sustancialmente al campo administrativo, no cabe admitir, sin más, que consagre el principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo, en cuanto que su proyección a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual o extracontractual, acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligencia prevenido en los arts. 1101 y 1902 CC toda vez que es doctrina consolidada de la Sala que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado,

nado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir el principio de responsabilidad por culpa, y acentuando incluso el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin erigir la responsabilidad basada en el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir. (STS de 22 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— En principio, el caso resuelto en la sentencia extractada sería uno más de los ya numerosos relativos a la responsabilidad médica; un enfermo ingresado con síntomas de infarto agudo, es sometido a un tratamiento de cuyas resultas presenta un cuadro irreversible de tetraplejia; frente a los veinte millones reclamados, en primera instancia se le conceden seis, mientras que en apelación se absuelve al Servicio de Salud demandado; se hace notar que no aparece demandado el equipo médico que asistió al enfermo. Se trataría de una aplicación de la conocida doctrina que somete este caso de responsabilidad contractual o extracontractual a las reglas de la *lex artis*.

¿Cabe modificar el anterior resultado si aplicamos los principios de la LGDCU de 1984? El art. 28.2 de la misma, al aludir a los *servicios sanitarios* ofrece apoyo textual para replantear el tema, y el TS (Pte. BARCALA y TRILLO-FIGUEROA) afronta directamente el mismo, por lo cual se realiza considerablemente el interés de esta sentencia.

La solución negativa a que llega la sentencia acaso haya que compartirla a la vista de los escasos datos de hecho que contiene la misma. La argumentación, sin embargo, merece amplias reservas: 1.º) No parece correcto afirmar que la Ley de 1984 tiene un ámbito sustancialmente administrativo; hacerlo me parece minimizar el contenido del cap. III y desconocer el significado del cap. VIII; 2.º) Tampoco parece correcto la interpretación que se ofrece del art. 7.º de la Ley, cuyo significado no puede ser nunca la postergación del principio general informador de protección del consumidor que la sentencia deduce adecuadamente del art. 1.º; 3.º) Es cierto que el art. 28.2 ofrece un débil apoyo pero no cabe olvidar el conjunto de preceptos en que se inserta cuya interpretación, nada pacífica en doctrina, no aborda la sentencia.

En general, sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho privado, *cfr.* GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, III, 16.ª ed. (Madrid 1992) p. 544 ss. En el vol. colectivo *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios* (Dirigidos por R. Bercovitz y J. Salas) (Madrid 1992) véanse los com. de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, p. 119 ss. y Rodrigo BERCOVITZ a los arts. 7 y 25 ss., p. 661 ss. (G.G.C.)

35. Responsabilidad médica. Relación de dependencia.— El TS reconoce la responsabilidad de un centro sanitario por los daños derivados de la actuación negligente del personal médico que mantiene una relación de dependencia y subordinación con dicho centro, exculpando a la aseguradora con la cual, los médicos que realizaron la intervención quirúrgica, no mantienen ningún tipo de subordinación ni dependencia.

Responsabilidad de la clínica donde se realiza la intervención.— Se reconoce en la sentencia recurrida que los médicos y anestésistas que llevaron a cabo la operación quirúrgica actuaban bajo dependencia y subordinación laboral de la Cruz Roja, siendo éstos elegidos directamente, no por el representante legal del menor, sino por la propia Cruz Roja, para llevar a cabo la operación. En consecuencia, esta institución responde, en virtud del art. 1903, párrafo 4.º CC, por *culpa in eligendo* e *in vigilando* de los daños y perjuicios que causen sus dependientes (SS TS de 16 de abril de 1963, 9 y 26 de julio de 1984).

Responsabilidad de la aseguradora.— No existe, por el contrario, ninguna relación de dependencia entre la aseguradora ASISA y los médicos de la Cruz Roja, por lo que no cabe ningún tipo de responsabilidad de la aseguradora por los hechos de los médicos y anestésistas. Todo ello independientemente, como analizó la sentencia del Tribunal *a quo*, de que la responsabilidad derivada fuera contractual o extracontractual, o de que el contrato realizado fuera el de prestación de servicios médicos, mediante el cual la aseguradora se obligaba a suministrar al asociado o afiliado un servicio médico por medio de facultativos, clínicas, etc., que pone a su disposición a cambio de dinero. La O.M. de 14 de enero de 1964 recoge entre las distintas modalidades de concertos de seguro la no vinculación de los médicos con su aseguradora, modalidad seguida en el presente caso. ASISA cumplió con los contratos que tenía concertados, por un lado, con el asegurado de asistencia médica, y por otro, con la Cruz Roja, directamente encargada de aquellas asistencia, por lo que no responde de los daños causados al paciente.

Responsabilidad del anestésista y del médico.— La conducta tanto del médico como del anestésista fue negligente no obrando con la diligencia debida, en tanto que no realizaron las pruebas pertinentes para determinar si el paciente estaba en condiciones óptimas para soportar una intervención, ya que días antes de la misma padecía de una infección del tracto respiratorio alto, lo que conllevaba un riesgo con relación a la anestesia y más aun teniendo en cuenta la edad del paciente. Tampoco se hizo prueba especial de sensibilidad a la anestesia y faltó un control fiable de los monitores anestésicos.

Los demandados pretendían eludir sus responsabilidades alegando que ocurrió un hecho fortuito desfavorable, por lo que de acuerdo al art. 1214 CC, ellos son los que deben probar ese hecho que impidió el éxito de la operación y no consta que lo hayan verificado.

Incongruencia de la sentencia.— No se da situación de incongruencia-indica el TS cuando en el súplico de la demanda se solicita una indemnización, sin concretar la forma de la misma, y el Tribunal falla conceder una pensión vitalicia, en vez de fijar una cantidad única global, posponiendo para la ejecución de la sentencia la forma de fijar la misma a propeusta de cualquiera de las partes, con aprobación del juez, o incluso fijada por el mismo en caso de discrepancia. Éstos son extremos declarativos accesorios o complementarios que no alteran los pronunciamientos principales, ateniéndose en esencia a lo pedido. (SS TS de 8 y 26 de octubre, 23 de marzo y 3 de enero de 1992, 15 de mayo, 19 de octubre y 1 de julio de 1993).

No infracción del art. 24 de la Constitución Española.— El art. 24.2 CE, que sienta el principio de presunción de inocencia, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que éste se refiere a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan estos artículos es de carácter reparador o de

compensación. (STS de 27 de septiembre de 1994; ha lugar uno de los recursos de casación).

HECHOS.— A consecuencia de una quemadura en un dedo, el niño de dos años M. A.L.L., precisó de una intervención médico-quirúrgica, realizada bajo la cobertura económica de la aseguradora ASISA en el centro de quemados de la Cruz Roja Española y llevada a cabo por médicos y anestelistas dependientes de ésta última institución.

Durante la intervención se produjo un accidente por influencia de la anestesia que determinó una parada cardiorespiratoria en el paciente, lo que motivó secuelas neurológicas irreversibles, ya que desde ese momento el paciente presenta ausencia de facultades intelectivas (edad mental aproximada de tres meses), incapacidad para tener una mínima conciencia de sí mismo, de reconocer a sus padres, o de comunicarse de la manera más primitiva, necesitando permanentemente otra persona para las necesidades más elementales, no pudiendo preservarse por sí mismo y teniendo unas expectativas de supervivencia normales.

El padre del niño interpuso demanda en reclamación de cantidad, la cual fue desestimada en Primera Instancia. En apelación, se revoca la sentencia recurrida y se estima en parte la demanda, absolviendo a uno de los médicos y condenando a la Cruz Roja Española y a una anestesta a indemnizar los daños patrimoniales y morales causados por la intervención, declarando solidaria la obligación de la entidad ASISA.

Interpuestos sendos recursos de casación por parte de la Cruz Roja y de ASISA, el TS declara no haber lugar al primero y sí al segundo. (N.L.C.)

36. Responsabilidad médica: Obligación de medios.— Es reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala que la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general, del profesional sanitario es una obligación de medios, quedando descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, así como una posible inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad.

El Dr. M.E.R., no actuó con arreglo a la *Lex artis ad hoc* al realizar la operación quirúrgica con anestesia local en régimen ambulatorio, siendo conocido en el arte médico, que la extirpación de la bursitis prerrotuliana utilizando anestesia local produce grandes complicaciones post operatorias. Por lo que queda demostrado que, pudiendo ser la complicación prevista y evitada utilizando un tipo de anestesia diverso de la local y realizado en régimen no ambulatorio, el demandado incurrió en un «error profesional culposo empleando una técnica quirúrgica inadecuada en el estado de la ciencia médica».

A pesar del intento del cirujano de imputar la responsabilidad al anestesta, que es quien, de acuerdo con el R.D. 127/1984 de 11 de enero sobre Especialidades Médicas, decide el tipo de anestesia a aplicar, el TS aplicando la teoría de la obligación de medios, concluye que es el cirujano, de acuerdo con el art. 1902 CC, el responsable de la mala o buena técnica empleada en la realización de la operación, sin perjuicio de la responsabilidad que le podría corresponder al anestesta, el cual no está siendo en esta *litis* enjuiciado.

Prescripción de la acción; *Dies a quo*.— Es reiterada doctrina de esta Sala que el los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede contarse desde la fecha del informe de sanidad o del alta, sino que ha de esperarse a conocer el alcance definitivo de éstas, consecuentemente al tratamiento de las mismas que se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación del *dies a quo* ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el art. 1969 CC, no es, a efectos, un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (SS TS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 8 de octubre de 1988, 30 de enero de 1993).

La Sala entiende que el instituto de la prescripción debe ser interpretado restrictivamente al ser una figura que no se asienta en la idea de justicia intrínseca y sí de limitación de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica.

En el presente caso el plazo para comenzar a contar el ejercicio de la acción será, bien los últimos informes realizados por los especialistas a los que consultó (mayo 1990), bien aquél en que queda patente por primera vez que sus secuelas eran irreversibles, el cual es de fecha 12 de noviembre de 1990. Teniendo en cuenta uno u otro la actora al iniciar la demanda el 11 de enero de 1991, está dentro del plazo de 1 año que el art. 1968.2 CC establece para la acción de responsabilidad por culpa extracontractual.

Art. 24 de la Constitución Española.— No existe indefensión cuando el TS se niega a admitir la proposición de la prueba no realizada en primera instancia, cuando el recurrente no lo solicitó en la apelación, momento procesal que podía y debía haberlo hecho. (STS de 26 de septiembre de 1996; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de una caída, la actora fue intervenida de la rodilla, bajo anestesia local en régimen ambulatorio por el Dr. M.E.R., el 27 de octubre de 1988. Tras la operación y debido a los fuertes pinchazos, calambres y dificultad para caminar, la actora consultó con varios especialistas, los cuales manifestaron la gravedad de la situación de la actora, quedando patente el 12 de noviembre de 1990, por primera vez, que las secuelas eran irreversibles y perennes.

La actora promovió en enero de 1991 juicio declarativo de menor cuantía contra el cirujano. Dr. M.E.R., sobre reclamación de cantidad (15 millones de pesetas) en concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la intervención quirúrgica. El Juzgado de Primera Instancia estimando la excepción de prescripción de la acción, desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia estima parcialmente la demanda y condena al Dr. M.E.R. a indemnizarla en la cantidad de 8 millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.— Existe una tendencia cada vez mayor en el Derecho español a llevar los temas de responsabilidad civil por la vía extracontractual, dejando al margen a la contractual. Si bien es cierto que en aquellos casos en los que existe una violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no causar daño a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades contractuales y extracon-

tractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando una por otra, existen otros supuestos en los que es claro que el hecho que causó el daño derivó de una relación contractual.

Quizá los motivos para acudir a la vía extracontractual aun siendo el planteamiento jurídico de la *litis* la vía contractual, sean las elevadas cantidades que los Tribunales señalan para casos del primer tipo de responsabilidad mencionada o la inexistencia de un artículo en sede contractual como el 1903 para la relación de dependencia que existe en la vía extracontractual. Esta sentencia es un claro supuesto de esta tendencia actual. El propio TS entiende que el planteamiento jurídico correcto hubiera sido el de la responsabilidad contractual. (*N.L.C.*)

37. Colisión de vehículos: ciclomotor que irrumpe en la calzada: culpa exclusiva del conductor de éste.— El carácter culposo de la conducta seguida por la demandante es patente ya que al acceder a la vía de circulación preferente por la que transitaba el automóvil desde el camino por el que ella lo hacía, no observó precaución alguna, desatendiendo la señal de ceda el paso existente en la confluencia de ambas vías, por lo que invadió la otra calzada interponiéndose en la marcha del automóvil, dando así lugar a la causación del evento en que resultó gravísimamente lesionada; por el contrario, en la actuación del conductor del automóvil no se aprecia culpa o negligencia alguna pues aun admitiendo que circulara a 60 kms. hora —si bien las huellas de frenada revelan una velocidad muy inferior— no consta que tal velocidad fuese inapropiada a las características de la vía, siendo aquella la velocidad permitida, sin que conste que en esa carretera existiera señal alguna indicadora del camino que confluía por la derecha de su marcha; consta que el automovilista no se percató de la presencia del ciclomotor hasta que estaba a unos diez metros de distancia, existiendo en ese lado de la marcha una tapia que impedía la visibilidad, por lo cual el conductor no pudo advertir con mayor antelación la presencia del ciclomotor que irrumpió bruscamente en la calzada, lo que le hubiera permitido realizar otras maniobras evasivas tendentes a evitar la colisión más eficaces que frenar desviándose a la izquierda, maniobra que era la única exigible en el breve espacio de que disponía; por todo ello ha de concluirse que la única causa determinante de la colisión fue la conducta negligente de la demandada, sin que ese curso causal haya sido debido a una actuación u omisión culposa del conductor del automóvil.

Necesidad de probar la culpa en los casos de colisión.— Según reiterada jurisprudencia en los supuestos de colisión entre vehículos de motor no es aplicable el principio de la inversión de la carga de la prueba ni el de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo; así la sentencia de 15 abril 1992 invoca el criterio establecido en la Partida 7.^a, tít. 34, leyes 28 y 22 de que «la culpa de uno no debe empeser a otro que non haya parte», siendo equivalente *empeser* a dañar o perjudicar; la sentencia de 11 febrero 1992, que recoge la de 7 de junio de 1991, dice que la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo, resultan incompatibles con los supuestos de mutua o recíproca colisión de vehículos, siendo además irrelevante que ciclomotor y automóvil tuviesen características técnicas muy distintas; por último, la sentencia de 5 de octubre de 1993 recalca que en los casos de colisión, ambos conductores pueden invocar que es la contraparte la obligada a probar debiendo acudir a los requisitos del art. 1902 CC.

Relación de causalidad: causalidad adecuada. Prueba.— El principio de causalidad adecuada exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia, induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo; y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, pues «el cómo y el por qué se produjo el accidente» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso, como dice la sentencia de 27 de octubre de 1990 y las en ella citadas. (STS de 29 de abril de 1994; ha lugar). (G.G.C.)

38. Culpa extracontractual: lesiones causadas a menor contratado por Ayuntamiento para podar árboles: competencia jurisdiccional.— Nos encontramos ante un desgraciado suceso en que se produjeron a un menor lesiones irreparables al haber sido contratado para la poda de árboles, iniciándose por el Ayuntamiento el «peregrinaje de jurisdicciones» en el que se obliga al interesado a acudir, por orden sucesivo, a los distintos órdenes jurisdiccionales que componen el poder judicial, retrasando con ello, hasta límites no tolerables —el accidente ocurrió en 1983— el abono de la indemnización, haciendo peligrar la efectividad del derecho constitucional a la tutela judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos; y aunque las soluciones dadas por los distintos órdenes jurisdiccionales no siempre son coincidentes, la jurisdicción civil de modo reiterado tiende a atribuir a los órganos de la misma la competencia para conocer de tales supuestos, sobre todo cuando, como en el presente caso la Administración Municipal ha actuado dentro de las relaciones de derecho privado, confirmando tal tesis la sentencia de 30 de julio de 1991 en los casos en que no se trata de un acto administrativo ni de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como tal, sino de una actuación particular de la misma; se trata de un accidente ocurrido en el desempeño de un contrato de índole privada por el que se encomendaba por el Ayuntamiento a un grupo de jóvenes la tarea de podar los árboles de la villa.

Negligencia del Ayuntamiento.— Existe negligencia en cuanto que se encomienda a un joven menor de edad tareas que, como la poda de árboles, no están permitidas a tales personas, no tanto por carecer de fuerza o agilidad, sino que su inexperiencia a la hora de calibrar riesgos, provocan hacia ellos mismos y hacia los demás un riesgo que la sociedad ha decidido no aceptar mediante la prohibición de este tipo de trabajo para los menores; el hecho de que el menor estuviera subido a un árbol no fue algo anormal o iniciativa personal contravieniendo órdenes concretas, sino que parece corresponder con la naturaleza de los trabajos que realizaba; tal negligencia del

Ayuntamiento es interna, dentro de las relaciones de dependencia laboral y deriva directamente del trabajo asignado, de la no utilización de cinturones de seguridad e incluso de la retirada del camión-cesta asignado para estos menesteres.

Cuantía de la indemnización.— No es revisable en esta vía sino cuando se ha producido una alteración de los elementos fácticos tenidos en cuenta para su determinación. (STS de 26 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— ¿Culpa contractual o extracontractual? Parece que lo primero por los datos recogidos en sentencia pero la ambivalencia mantenida en este punto por la Sala 1.^a hace que la cuestión sea irrelevante cuando no hay problemas de prescripción. No se especifican las secuelas del accidente, pero la condena al abono de 40 millones de pts. hacen presumir que son muy graves e irreversibles. Un caso mas de *vis atractiva* de la jurisdicción civil que no puede menos de aprobarse. (G.G.C.)

39. Culpa extracontractual: responsabilidad solidaria del Ayuntamiento y del arquitecto: competencia jurisdiccional.— Si bien es cierto que en las sentencias de la Sala 1.^a del TS de 19 de febrero de 1982 y 10 de noviembre de 1983, se reconoció ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas frente a la Administración, no obstante ser demandada conjuntamente con personas privadas, tal doctrina no llegó a consolidarse, prevaleciendo la contraria que ha sido reiterada en sentencias de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de febrero de 1987, basada en que, siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continuidad de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, de suerte que la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídico-privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, criterio que se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 C.E. y recogido en la LOPJ de 1 de julio de 1985 en sus arts. 3.1 y 9.2; en el presente caso es evidente el vínculo de solidaridad que se da entre los codemandados ya que las conductas atribuidas a ambos son idóneas para generar el evento dañoso.

Relación de causalidad: Ruptura del nexo causal.— La jurisprudencia emanada de las Salas de lo Contencioso no permite fundamentar un recurso de casación civil; por otra parte, el requisito de exclusividad del nexo causal no tiene en aquella jurisprudencia el carácter absoluto que pretende el recurrente, ya que tal exoneración de responsabilidad sólo se da cuando se acredite otra «concausa» producida por persona ajena a la Administración, que se interfiera significativamente en la anterior relación con entidad suficiente para producir el daño o perjuicio en el patrimonio del reclamante, sin cuya «concausa» éste no se hubiera producido; en el presente caso se declara probado que las fugas de la red de alcantarillado y sobre todo las filtraciones en el pozo de registro de la esquina en cuestión, así como la introducción de agua al terreno a través

de la tubería muerta, sin cegar, resto resultante del antiguo saneamiento, han ido haciendo perder capacidad importante al terreno, con el consiguiente asiento de la cimentación que ha provocado el basculamiento del edificio; por tanto, la conducta omisiva del Ayuntamiento al no mantener la red de alcantarillado en condiciones debidas para evitar las aludidas filtraciones, esta unida por relación de causalidad adecuada con el resultado dañoso producido.

Solidaridad.— El Ayuntamiento y el Arquitecto responden del total resarcimiento del daño producido, sin que sea posible determinar cuáles son los derivados de la actuación de cada uno de ellos. (STS de 30 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— ¿Se podrá seguir manteniendo la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil una vez que entre plenamente en aplicación la Ley de 1992? Los hechos a que se refiere la sentencia extractada son muy anteriores a esta norma. Por otra parte, la conducta del Arquitecto no se describe suficientemente para poder conocer el alcance de su actuación. (G.G.C.)

40. Responsabilidad extracontractual. Daños causados por Administración local. Culpa in vigilando Competencia de la jurisdicción civil.— La responsabilidad patrimonial de la administración a que se refiere el art. 3. ap. b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se invoca por la recurrente, según el derecho aplicable al supuesto litigioso, anterior a la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo para las Administraciones públicas, de 26 de noviembre de 1992, (sin efecto retroactivo a estos efectos), surge en los casos en que la Administración, en este caso la local, actúa investida de soberanía o *imperio* y no como un particular desprovista de esa facultad. En el caso ahora debatido, si bien el servicio de suministro de aguas es un servicio público que incumbe a las Corporaciones locales (art. 25 ap. 1, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), el hecho ahora incriminado no deriva directamente de tal obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería cuya rotura originó los daños reclamados, daños causados a una entidad particular en su esfera privada; hay pues, como ya observaron los Juzgadores de instancia, una *culpa in vigilando*, o *in eligendo*, que se atribuye a la entidad demandada como empresario particular frente a los operarios que materialmente realizaron la obra de instalación de las tuberías accidentadas. Fue, por consiguiente, la causante de los daños una conducta extra administrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente, y que no puede ser calificada de funcionamiento anormal del servicio para ser incardiada en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, antes mencionada, sino en el art. 41 de la misma Ley, en cuanto la Administración local actuó como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investida a la sazón en el desarrollo de esa actividad de la prerrogativa o atributo de poder, sino en relaciones de derecho privado, aunque considerándose, según señala el art. 41 citado, la actuación de sus funcionarios o agentes en el caso debatido como actos propios de la Administración; debiendo en consecuencia exigirse la responsabilidad en este caso ante los Tribunales ordinarios. En definitiva, sin excluir que la responsabilidad de la recurrente derivó en el caso ahora contemplado de

una situación del riesgo creado al instalar sin la suficiente diligencia unas tuberías de conducción de aguas, se aprecia conjuntamente una presunción *iuris tantum* de culpa en contra suya, que no ha sido desvirtuada en la presente *litis* por la idónea prueba en contrario. La doctrina sentada en este fundamento de derecho ha sido reiteradamente seguida por esta Sala de casación en casos analogos, como se deduce claramente de las sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 1983, 7 de abril de 1989, 18 de septiembre de 1987, 28 de marzo, 7, 10 y 23 de noviembre de 1990 y 27 de septiembre de 1993, recaídas en pleitos en que se reclamaba en su mayoría responsabilidad de Ayuntamientos por actos de sus dependientes o funcionarios. (STS de 8 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de la rotura de una tubería de alcantarillado de agua potable, situada en calle pública, resultó inundado un local propiedad de la entidad particular demandante, que reclama de la Corporación local el importe de los daños causados.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera instancia, estimando en parte la demanda formulada por la actora. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento. (A.R.M.)

41. Competencia de jurisdicción: vis atractiva de la jurisdicción civil: daños por derribo de vivienda colindante: demanda de responsabilidad conjunta contra Administración y personas privadas.— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que, cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a personas privadas conjuntamente, la Jurisdicción civil es la que atrae a sí el conocimiento del litigio según sentencia de 2 de junio de 1993 y las que cita; por otra parte, los actores en este caso no pidieron la reparación de daños como consecuencia de la declaración administrativa de ruina del inmueble en que se ubicaban sus propiedades, sino como consecuencia del derribo de la finca colindante declarada en estado de ruina inminente, siendo efectuado tal derribo por el Ayuntamiento demandado en sustitución de la propiedad, al no hacerlo ésta, no pudiendo decirse que en esta actividad sustitutoria del cumplimiento de obligaciones que atañían a un particular por parte del Ayuntamiento, obre éste en régimen de prerrogativa de derecho público.

Litispendencia.— La excepción de litispendencia tiende a evitar que sobre una misma controversia sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior, con posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias, debiendo concurrir los mismos requisitos que para oponer la excepción de cosa juzgada pues la litispendencia es una institución preventiva y de tutela de aquélla, debiendo atenderse a la identidad entre las peticiones de ambos pleitos y no a lo que resulte de la sentencia; a la vista de lo sucedido, el planteamiento del segundo pleito no fue correcto procesalmente dado que la comparación de la *causa petendi* del mismo y del primero arroja el resultado de su identidad. (STS de 8 de julio de 1994; ha lugar). (G.G.C.)

42. Accidente laboral: responsabilidad de la empresa que subcontrata: falta de medidas de seguridad.— Se declara probado que el accidente se produjo por una evidente falta de medidas de seguridad de la empresa que

ha subcontratado el personal de otra, siendo sancionada por ello laboralmente y ello es causa de la muerte con independencia de posibles errores médicos posteriores.

Responsabilidad médica: inaplicabilidad del art. 28 de la Ley de 1984.— Aunque el pár. 2.º del art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios habla de los servicios sanitarios, en modo alguno es aplicable un criterio objetivo para la exacción de la responsabilidad médica cuando los facultativos han intervenido con posterioridad a la producción del accidente del marido de la actora, teniendo en cuenta que una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios independiente de los resultados que con ellos se obtengan.

No se puede pedir la condena de un codemandado.— El codemandado que en la instancia pidió únicamente su absolución no puede en casación pedir la condena de la empresa codemandada la cual no cabría porque se declara probado que el daño es únicamente imputable a la recurrente, independientemente de posibles errores posteriores. (STS de 29 de julio de 1994; no ha lugar)

NOTA.— La empresa que subcontrata personal ajeno es directamente responsable de los daños causados por su negligencia. Por otra parte, en su esfuerzo por eludir responsabilidades derivados del accidente resulta curiosa la invocación de la Ley de 1984 para intentar, por este medio, variar la jurisprudencia bastante constante de la Sala 1.ª sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad médica. La sentencia de 22 de julio de 1994 ha desarrollado más ampliamente esta cuestión (v. su extracto y comentario en este mismo ADC). (G.G.C.)

43. La doctrina jurisprudencial de la accesión invertida: aplicación del artículo 361 cuando existe buena fe por parte del constructor.— La sentencia impugnada acoge, al hilo de la doctrina jurisprudencial relativa a la accesión invertida, el derecho del demandado a hacer suya la porción de terreno del actor reivindicante. De modo que, el desarrollo de este primero de los motivos admitidos, al postular la infracción del art. 361 CC, carece de viabilidad y en la misma situación las consideraciones en torno a los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, que no son del caso, ya que ni el artículo 33.1 3, ni el 9.3 de la Constitución Española, están afectados por una doctrina que configura la construcción extralimitada como una modalidad de acceso a la propiedad de una cosa o porción de ella por el propietario de otra dotada de preeminencia en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad, siempre que el constructor, procediendo de buena fe, haya edificado en parte sobre suelo ajeno, y en parte sobre fundo propio y, desde luego, abone al dueño del terreno ocupado no sólo el valor de éste, a la manera como sucede en el caso del citado art. 361, sino también, como precisan las sentencias de este Tribunal de 15 de junio de 1981 y de 1 de octubre de 1984 y 12 de noviembre de 1985, a la vez la indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1902 CC, extremo éste del resarcimiento del valor de lo ocupado e indemnización, además de perjuicios y menoscabos, cuyo insuficiente desarrollo en la instancia debe remediarse aquí, haciendo

hincapié en su obligatoria exigencia ya que otra cosa sí podría incidir en los preceptos civiles y constitucionales que tutelan el derecho de la propiedad. (STS de 29 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante-recurrente interpuso demanda en ejercicio de acción reivindicatoria sobre una franja de terreno de su propiedad en la que se había construido parte de la fachada del edificio contiguo solicitando que se produjera la demolición de la obra reponiendo las cosas en su estado primitivo dado que estaban edificadas en suelo ajeno. La parte demandada alegó una situación de extralimitación en la construcción con buena fe por parte del constructor y de aplicación por tanto de la doctrina de la accesión invertida. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. (E.S.M.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

44. Incidencia de la legislación urbanística en las titularidades dominicales: división de la cosa común. La enajenación como medio de cese de la indivisión. Sentido de la Publicidad de la situación jurídico-administrativa en que la finca a enajenar se encuentra.— «La aplicación a ultranza de los arts. 400, 404 y 1602-2 del Código Civil llevaría a conseguir el logro de la *actio communi dividundo*, pero según hechos probados, las fincas están sujetas a un Plan de Ordenación Urbanística que se ejercita conforme al sistema de compensación y ello incide de una forma directa e inmediata sobre las características de la titularidad dominical, de suerte que todos los terrenos comprendidos en el Polígono o Unidad de Actuación quedan directamente afectados en régimen de unidad a las obligaciones propias del sistema que va dirigido a través de la Junta de Compensación a la sustitución de las Propiedades iniciales por otras a determinar dentro de la actuación reglamentaria de dicha Junta. Ahora bien, esa inclusión en el Plan, que impide la división material de las fincas del mismo en el caso presente (art. 104-1 del Reglamento de gestión Urbanística) no obsta en absoluto a la enajenación de la finca o parte de la finca incluida en el Plan, porque los derechos dominicales que se ceden a la Junta de Compensación que actúa con carácter fiduciario (art. 129-2 de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975; Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril) lo son con tal carácter pero además encaminados a la operatividad reglamentaria y estatutaria que es la finalidad de su creación, bien entendido que esa enajenación que es la que solicita la hoy recurrente por vía de la subasta pública como medio de cesar en la indivisión de los inmuebles (artículos 400 y 401 CC) ha de llevar consigo el cumplimiento de todas las formalidades sobre todo en orden a la publicidad de la situación jurídico-administrativa en que la finca se halla porque el adquirente se subroga en la posición de los titulares enajenantes en punto a sus derechos y a las obligaciones contraídas administrativamente en referencia a la Junta de Compensación y a lo establecido en sus Bases de Actuación y Estatutos (art. 126 de la Ley del Suelo citada) lo que obviamente cumple un doble cometido como es el de salvaguardar los derechos del condominio o condominios y acreedores (art. 403, 404 y 405 CC) y la conservación íntegra de las facultades de la Junta de Compensación que actuará objetivamente sobre los predios con abstracción de quienes sean los nuevos ti-

titulares dominicales que se subrogaron íntegra y absolutamente en la posición jurídica de los anteriores titulares, cuyas obligaciones asumen con pleno conocimiento de causa, pero sin que pueda menguar esa situación administrativa los derechos dominicales en orden a la cesación de indivisión que es una situación dominical excepcional y con una normativa proclive a su terminación (artículos 400, 401, 403, 404, 450, 1062-2 y 1522 del Código Civil). (STS de 23 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La entidad propietaria de una novena parte indivisa de dos fincas urbanas acude al Juzgado para que declare su derecho a cesar en la comunidad de bienes y para que —al resultar las fincas indivisibles— se proceda a su venta en pública subasta judicial. La parte demandada alega la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y se opone en cuanto al fondo en razón de la situación de las fincas afectadas por el Plan de Ordenación General Urbana de Gijón. El Juzgado acepta la excepción. La Audiencia estima parcialmente la apelación desestimando la excepción alegada y entra en el fondo del asunto rechazando la demanda inicial. La actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima. (R.G.S.)

45. Acción declarativa contra copropietarios en régimen de propiedad horizontal: indemnización de daños morales: suficiente motivación de la sentencia.— La sentencia de apelación razona los daños morales en base a que concurre una causación voluntaria y restablecimiento económico resulta insuficiente para eliminar el sufrimiento psíquico que afecta al demandante, que «aparece temporalmente coaccionado en su actuar y víctima del proceder irregular» de los recurrentes, los que deben asumir las consecuencias de sus actos, por los efectos dañinos producidos, no sólo materiales, sino también los de índole moral que surgen, en relación de constatada causalidad de sus conductas, pues sólo buscaron el provecho propio y, aunque sea plural, a costa de los derechos que legítimamente corresponden a la contraparte, que aparece así como destinataria de un actuar carente de todo amparo legal y generador siempre de malas y, a veces, irreparables, relaciones de vecindad; no se trata de daños derivados de incumplimiento contractual y tampoco, como erróneamente se sostiene, son daños derivados de responsabilidad extracontractual sino más bien de daños generados por incumplimiento plural, en línea de abuso de derecho o de contraderecho, que se refuerza así en su aspecto coactivo, y atribuible a los integrantes identificados de la Comunidad de Propietarios recurrentes, frente a uno de sus miembros, que se ve de esta manera sólo y, en cierto sentido, más débil, indefenso y desprovisto de todo apoyo comunal; los danos son resarcibles por responder a un ataque no sólo a la propiedad, sino al sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes que se han adquirido conforme a la ley, y han de ser disfrutados por su posesión pacífica y debidamente respetada por todos; y si bien el CC no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la de imponer el resarcimiento de *todos* en el art. 1107, es a la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal, y remediar situaciones como la presente, acudiendo al resarcimiento económico, presentándose como moderado el que otorgó la Sala de 500.000 pts. frente a los tres millones solicitados; la sentencia no incurre en falta de motivación pues decide puntos de la controversia, exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada y haciendo explícito que ésta responde a

una determinada interpretación del Derecho, no siendo preciso que sea agotadora o repleta de argumentos, siempre que no sea irracional o arbitraria.

Congruencia: Actos propios.— Sólo está legitimado para denunciar incongruencia la parte a la que no se le hubieran resuelto las cuestiones oportunamente propuestas y sostenidas, y no cuando no se combaten y se acatan los pronunciamientos de primera instancia, y se efectúa mutación fáctico-jurídica, a la propia conveniencia e interés de la parte, operando transformación del problema litigioso, con vulneración de la necesaria contradicción, que produciría manifiesta indefensión en la parte contraria.

Defecto de forma: Denegación de prueba en segunda instancia.— La Sala sentenciadora no decretó el recibimiento a prueba al no tratarse de documento en sentido propio sino de mera documentación de manifestaciones de quien se pretende perito, y referirse a cuestiones no propias de la controversia sino surgidas en la ejecución provisional de la sentencia de apelación; la prueba denegada no cumple las exigencias del art. 862 LEC y, en todo caso, pudo practicarse en la primera instancia sin impedimento alguno; la prueba se presentaba inútil en razón al ámbito del proceso, y no versaba sobre un hecho nuevo que justificara su práctica para influir en la decisión del litigio, sin que se haya ocasionado indefensión que surge de actuar arbitrario y carente de razonamientos. (STS de 27 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Notable sentencia de la que ha sido Pte. el Sr. VILLAGÓMEZ RODIL relativa a un caso de resarcimiento de daños morales por violación del derecho de propiedad y posesión pacífica de unos locales en régimen de propiedad horizontal. Lo fundamental era, sin duda, la acción declarativa de la propiedad privativa de tres locales, titularidad negada al parecer por los demás copropietarios, así como la reivindicatoria del anexo de uno de los locales citados, acciones ambas estimadas en ambas instancias, aunque discrepan en cuanto a la indemnización. El tercer F.D. razona con amplitud la indemnización del daño moral. Me parece que es un acierto fundamentar la condena en el art. 7.2 CC, que cobra así nueva dimensión, incluso en el plazo de ejercicio de la acción correspondiente, que será el general de 15 años. (G.G.C.)

46. Adopción de acuerdo para realizar obras que afectan a la estructura del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.— El cerramiento llevado a cabo determina la conversión del rellano de la escalera en una habitación o dependencia de la vivienda del portero, lo que implica una alteración de la estructura del inmueble, en cuanto se modifica la distribución de los elementos comunes del edificio.

Inexistencia del consentimiento tácito.— Ha de tenerse en cuenta la doctrina de esta Sala manifestada en sentencia de 26 de mayo de 1986 en la que, con cita de otras varias, se afirma que es «evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva se trata de los hechos excluyentes (*sic*) (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio di-

recto del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia», no pudiendo, por otra parte, identificarse consentimiento y mero conocimiento, como sienta la sentencia de 7 de octubre de 1986 al referirse a «la conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala, incluida la que se cita en el motivo, según la cual, el conocimiento acto receptivo que es indispensable para poder actuar pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de voluntad»; por todo ello no puede estimarse que el conocimiento por los actores de la realización de las obras y su inactividad desde que las mismas se ejecutaron hasta la iniciación del litigio, suponga un consentimiento tácito a las mismas sanador de la falta del consentimiento unánime de los copropietarios exigido por el citado art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Supone abuso de derecho la impugnación de una 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.— Dice la sentencia de 20 de febrero de 1992 que «el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio extraordinario sólo puede acudirse a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico (sentencia, entre otras, de 6 de abril de 1987)» y la sentencia del día 26 del mismo mes y año dice que «es doctrina de esta Sala —sentencia de 2 de noviembre de 1990— la expresiva de que aunque la apreciación del abuso del derecho constituye una cuestión jurídica, siempre resulta necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan (sentencias de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984), doctrina que se reitera en la sentencia de 5 de abril de 1993. En el presente caso ha de apreciarse la existencia de un ejercicio abusivo por parte de los actores aquí recurrido de su derecho a impugnar las obras llevadas a cabo por la Comunidad de Propietarios por cuanto habiendo conocido la realización de las obras desde el mismo momento en que se ejecutaron y dejado transcurrir un largo período de nueve años sin hacer impugnación alguna y sin que la restitución del rellano de la escalera a su estado originario les comporte beneficio alguno ni la situación actual les cause perjuicio de ninguna clase y merma de su derecho a utilizar los elementos comunes (a los que sigue perteneciendo el rellano) conforme a su destino, formulan la presente demanda, en cuanto a este punto concreto se refiere, con la única y evidente intención de perjudicar a la Comunidad y al portero de la finca, siendo de tener en cuenta que el rellano de la escalera en que se realizaron las obras, una vez adquirido por la Comunidad el estudio que tenía su entrada por él e incorporado a la vivienda del portero, tal rellano se repite, sólo serviría de acceso a la vivienda citada pues aunque por el mismo se accedía también al cuarto de máquinas, a éste no pueden entrar y hacer uso de el indiscriminadamente los vecinos a los cuales, por razones de seguridad, debe estar prohibida la entrada en la mencionada Sala de máquinas; por ello, volver a la situación original no aporta provecho alguno a los demandantes que justifiquen su pretensión.

No cabe aplicar por analogía las normas mercantiles o tributarias sobre conservación de documentos.— No estableciéndose en la Ley de Propiedad Horizontal plazo alguno durante el cual haya de conservarse la documentación de la Comunidad, ello será cuestión a decidir por la Junta de Propietarios, órgano rector de la Comunidad, atendiendo a las particulares circunstancias de cada una de ellas, sin que sean aplicables, ni siquiera por analogía, las normas al respecto del Código de Comercio que, destinadas a unos particulares sujetos por razón de su específica caracterización que el Código de Comercio contempla, como tampoco son aplicables, por analogía, las normas del art. 64 de la Ley General Tributaria, o los arts. 40 y 46 de la Ley General Presupuestaria o el 62 del Reglamento General de Recaudación. (STS de 5 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Nueve copropietarios de un edificio interpusieron en 1989 dos demandas de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del citado edificio, tres copropietarios, los dos administradores y el portero de la finca. Tras la acumulación de autos, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente las demandas, declarando que lo demandantes tienen derecho a examinar la documentación que, obrando en poder de la Comunidad, les resulte necesaria para preparar cualquier demanda que por los mismos se proponga interponer, con los límites que se señalaban en la sentencia. También se declaraba que la Comunidad habría de proceder a la ejecución del acuerdo adoptado con fecha 16 de diciembre de 1985, relativo a la apertura de puertas con acceso a la terraza superior del edificio, obras que deberían ser acometidas dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de esa resolución. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial absolvió de las demandas a los tres copropietarios y al portero, admitió parcialmente el recurso de los demandantes, condenando a la Comunidad de Propietarios demandada a reponer la planta duodécima de la escalera derecha a la situación en que se encontraba antes de realizarse las obras. El Tribunal Supremo admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios, dejando sin efecto el pronunciamiento del tribunal inferior en lo referente a la reposición de las obras, por estimar la existencia de abuso del derecho.

NOTA.— Es bastante discutible sostener que la impugnación de un acuerdo nulo de raíz de la Junta de Propietarios, ejercitada nueve años después de la adopción del acuerdo, evidencie un abuso del derecho, porque con ello se pone en tela de juicio el fundamento mismo de las teorías de la nulidad radical y de la prescripción. Existe un precedente, la sentencia del TS de 3 de febrero de 1993, que estimó abuso de derecho en un caso parecido, pero no idéntico, pero son más numerosas las sentencias de ese mismo Tribunal que rechazan la existencia de abuso del derecho al ejercitar impugnaciones de acuerdos sobre obras en zonas comunes (así, las de 3 de abril de 1990, 28 de julio de 1992, 19 de julio de 1993 y 6 de mayo de 1994). En el caso que analizamos no existe uno de los requisitos para que se aplique la doctrina del abuso del derecho: el interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, puesto que el acuerdo de la Junta de Propietarios era nulo de raíz, por contravenir normas imperativas. (L.F.R.S.)

47. La prueba de la fecha del conocimiento del acuerdo de Junta de Propietarios de un edificio en propiedad horizontal corresponde al que impugna dicho acuerdo.— Ambos motivos son asimismo improsperables, ya que no se tiene en cuenta el hecho probado del transcurso de casi diez meses desde la celebración de la junta impugnada hasta la presentación de la demanda, siendo inverosímil mantener y menos aceptar que la impugnación se hizo dentro del plazo de treinta días a contar desde la celebración de la junta, máxime cuando la entidad actora y recurrente oculta cuidadosamente cuándo tuvo realmente conocimiento de dichos acuerdos, y, en lugar de acreditar cumplidamente ese requisito esencial de su acción como exige el art. 1214 CC, pretende, invirtiendo la carga de la prueba, que sea la parte adversa la que haya de probar que el ejercicio de la acción fue posterior al transcurso del plazo legal.

Distinción entre acuerdos convalidables por caducidad de la acción de impugnación y acuerdos nulos de pleno derecho, cuyo plazo de impugnación no caduca.— Por otra parte, la doctrina de esta Sala permite la convalidación de acuerdos no impugnados cuando ha caducado la acción impugnatoria en supuestos, como el ahora discutido, en que los acuerdos afecten estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos privativos de la misma, a diferencia de los casos en que se trate de nulidad radical e insubsanable; por tanto, con otras palabras, hay acuerdos como los relativos a aquel régimen de propiedad cuya ilegalidad es susceptible de sanación por efecto de la caducidad sobrevenida de la acción de impugnación (pues entenderlo de otro modo equivaldría a dejar ocioso el mandato del párrafo segundo de la regla 4.ª del art. 16 expresado); a cuyo orden pertenecen también todos los que se ofrezcan contrarios a los estatutos privativos; mientras otro orden de acuerdos acusan una ilegalidad que comportaría la nulidad *pleno iure*, sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad. Doctrina deducida, entre otras, de las sentencias de esta Sala de 26 de julio de 1982, 18 de diciembre de 1984, 14 de febrero de 1986 y 6 de febrero de 1989. (STS de 19 de julio de 1994; no ha lugar)

HECHOS.— La Junta de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal acordó ceder el uso de la zona común al propietario de parte de las oficinas sitas en la planta segunda del edificio, así como instalar aire acondicionado en la cubierta del edificio y conducciones a través del patio de la comunidad. La Sociedad demandante, copropietaria que no asistió a la junta, impugnó judicialmente esos acuerdos casi diez meses después, ocultando la fecha en que tomó conocimiento efectivo de la adopción de los repetidos acuerdos. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y declaró no haber lugar a la demanda, decisión que fue ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo, basándose fundamentalmente en que los acuerdos impugnados afectaban estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos, en cuyos casos caduca la acción de impugnación por el transcurso del plazo de treinta días contados desde el momento en que el copropietario ausente conoció efectivamente la adopción de los acuerdos, momento que la demandante ocultó durante la tramitación del proceso. (L.F.R.S.)

48. Incongruencia en la sentencia que declara nulidad parcial de contrato y no se pronuncia sobre la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad.— La infracción de lo dispuesto en el art. 359 LEC en relación con el pronunciamiento que se hace al determinar que «la nulidad del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, en cuanto a la parte que perjudique a la legítima de la actora recurrente, sin que haya lugar a la restitución de los inmuebles y bienes en poder de la codemandada», que este pronunciamiento, creemos que adolece de incongruencia, por cuanto, que si por una parte se declara la nulidad parcial del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, por otra parte, se deniega el pedimento relativo a la solicitud de cancelar la inscripción producida en el Registro de la Propiedad, por el título que ha quedado inválido, siendo claro, que con ello se produce una contradicción, en cuanto debe significar una notoria incompatibilidad, que desembocaría en la imposibilidad de ejecutar la sentencia.

La declaración de nulidad de un negocio determina la obligación de restituir lo que las partes se hubieran entregado por razón del mismo.— Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato; que por tanto declarada la nulidad de las repetidas escrituras de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, así como, la de cesión a cambio de alimentos, habrá de cumplirse lo dispuesto en el art. 1303 CC, teniendo los contratantes que restituirse lo percibido por consecuencia del contrato. El motivo también habrá de aceptarse, en la idea de que procederá dicha restitución, naturalmente, en la parte atinente al perjuicio experimentado por la actora; y todo ello, en coherencia con el propio pronunciamiento de la primera sentencia, en el sentido que se hace constar, de que la nulidad que se declara sobre el contrato de cesión, lo es, en cuanto que ésta perjudica la legítima de la demandante en las herencias de sus padres adoptivos.

La condición de tercero hipotecario se tiene, entre otros requisitos, cuando se adquiere de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir.— Es suficientemente elocuente para pensar que, en efecto, no se cumplen los requisitos del art. 34 LH, en cuanto, que, si bien se puede afirmar en torno a los requisitos del repetido art. 34 LH, que se está en presencia de una adquisición a título oneroso, y con independencia de la existencia o no de la buena fe en el adquirente, resalta *ab initio* en cuanto el requisito relativo a que, el transmitente sea persona, que según el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, que tal y como sostiene el motivo en el final de su desarrollo, teniendo en cuenta que la titularidad del cedente o transmitente, —esto es, el padre de la actora—, deviene por el otorgamiento en ese mismo día, de la escritura de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, en virtud de la cual, se le defieren al mismo, los bienes que, ese mismo día, transmite a la codemandada, hay que derivar, como lógica consecuencia, que en el momento de esa adquisición no podía ser persona que según la constancia del mundo registral, apareciese con facultades para transmitirlo, ya que, en el momento en que se verifica esa adquisición, es cuando inmediatamente, y sin tiempo material para su previo acceso al Registro se ha procedido a ejercitar esa habilitación dispositiva por parte del transmitente, por lo cual, al faltar este requisito, es claro, pues, que se carece de la cualidad de tercero hipotecario en la persona de la demandada, configuración que, sin más, también emerge y de qué modo porque la inscripción de la citada escritura de cesión de bienes, no se practica hasta días después, mientras que la susodicha de idénti-

ca fecha de aceptación de herencia no consta se hubiera inscrito, con lo que la improcedencia de la aplicación del art. 34 LH es bien meridiana.

Exigencia de que el acto en el que interviene el tercer hipotecario sea válido.— En méritos a que el acto adquisitivo fue declarado nulo, —según la resolución judicial hoy impugnada—, es evidente pues, que, es ese caso, ha de estarse a la normativa que fija el art. 33, esto es, que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, cuyo entendimiento, a tenor de una jurisprudencia nítida, entre las que destaca la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1989 (en la que, al examinar el requisito de la validez del acto adquisitivo, se hace constar, que para que el art. 34 sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido; pues si fuera nulo, se aplicaría entonces al art. 33, sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio; que el art. 34, es una excepción al anterior art. 33, tal y como resulta de su propia finalidad, así como, de su primitiva formulación en la LH de 1861) deriva en que si el acto adquisitivo es nulo (como en el caso de autos), no hay tal protección de la fe pública registral del art. 34, lo que ocurriría, cuando la nulidad del título fuese predicable del anterior acto adquisitivo del transmitente (que no es el caso de autos).

Los principios de fe pública registral y de legitimación registral en la legislación hipotecaria.— Se podría esbozar en línea de principios una correlación entre los arts. 33 y 34 de la LH, a su vez, completados por los arts. 32, 38 e incluso, el mandato del 79.3 del citado cuerpo legal coordinando, a su vez, las verdades inmersas en las respectivas fe pública —art. 34— y legitimación registral —art. 38—, en los siguientes términos: a) El principio de legitimación registral reflejado en el citado art. 38, como verdad formal *iuris tantum*, encuentra su antecedente en torno a los títulos no inscritos en el art. 32, los que, por esa no inscripción ni siquiera pueden gozar de aquella legitimación, y menos aún —es una obviedad innecesaria— la sanción que se explícita de los mismos de que «no perjudica a terceros». b) Ahora bien, si esos títulos se inscriben, se beneficiarían de esa tutela registral salvo que los mismos —o su antecedente negocial: actos o contratos— fuesen nulos con arreglo a las leyes, pues entonces el repetido art. 33 declara que la inscripción no los convalida, por lo que la doctrina más usual o impresa, afirma que «este art. 33 es una excepción del art. 32», o más bien, que el 33 bloquea el acceso registral de los títulos que ya sean nulos. c) Ya en terrenos de la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o «subadquirente registral» tipificado en el art. 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal no quedara afecta «aunque después se anule o resuelva el del otorgante», sanción, cuyo exacto alcance, conduce a la siguiente dualidad en su directa relación con el precedente art. 33: 1.— Si la nulidad afecta al título del tercero, esto es, el acto o contrato verificado entre el anterior titular registral y este subadquirente, el mandato de repetido art. 33, impide el juego de la fe pública registral, y, por ende, aquel tercero no estará protegido, a causa, es obvio, de que en rigor ya no es el tercero hipotecario pues su título o acceso registral fue declarado nulo con arreglo a las leyes. 2.— Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de este tercero, y sí sólo al de su «otorgante» o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela *ex* art. 34 deviene inconcusa, porque frente a la general prescripción de ese art. 33 prevalece la regla del 34, y por ello también la doctrina más conocida, habla de que «este art. 33 tiene como excepción el art. 34 respecto al subadquirente» y en esos términos ha de entenderse la doctrina sentada por la sentencia citada de 17 de octubre de 1989 («el art. 34 sólo pro-

tege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»). d) Por último, es lógico que tanto se trate de nulidad del acto anterior el del —otorgante o transmitente— como del propio el del subadquirente o tercero, la cancelación de la respectiva inscripción derivara de lo ordenado en el art. 79.3 LH; lo que en definitiva confluye en la prevalencia de la tesis del motivo, sin que a ello obste la final referencia del art. 34 de que para esa fe pública registral, si concurren los demás requisitos, no sea obstáculo el que luego se anule o resuelva el título del otorgante, por virtud de causas que no constan el Registro, por cuanto que en este caso de autos, lo que se ha anulado no es, justamente, el derecho del otorgante, sino, el propio derecho del tercero hipotecario. (STS de 22 de abril de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La parte actora presentó demanda solicitando que se declararan nulas las disposiciones testamentarias que vulneraban sus derechos hereditarios como hija adoptiva, así como la escritura de cesión de bienes a cambio de alimentos que su padre adoptivo había convenido con los demandados y de todas las inscripciones registradas que tuviera como causa los anteriores títulos. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y admitió la nulidad de la institución de heredero de los testamentos de los padres adoptivos, así como la aceptación, adjudicación y liquidación de la sociedad de gananciales realizada por el esposo supérstite en cuanto que perjudicaba la legítima de la actora. Con relación al contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos otorgado por el padre adoptivo a favor de los demandados se declara también nulo en cuanto perjudica la legítima de la hija adoptiva, y sin embargo no ha lugar a la restitución de los inmuebles cedidos en poder de la codemandada por entender el Juzgado que tiene la cualidad de tercero hipotecario. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y condenó a los codemandados a la restitución de los inmuebles cedidos e igualmente declaró la nulidad de las inscripciones registrales. (E.S.M.)

5. DERECHO DE FAMILIA

49. Patria potestad. Ejercicio de acuerdo con la personalidad del hijo. Proceso para la privación de la patria potestad.— En cuanto a las concretas alegaciones formuladas en el motivo, ha de decirse que: a) Ciertamente, la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, todo ello en su beneficio, pero de ello no debe inferirse que los padres puedan verse privados de aquélla por concurrir especiales circunstancias en el hijo o por otra preferencia de éste ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas, como bien se razonó por el Juez de Primera Instancia, ya que no es tal el sentido del art. 170.1.º CC cuando se refiere al «incumplimiento de los deberes inherentes a la misma», incumplimiento que presupone la prueba de que así ha sucedido en la realidad, lo que no acontece en este caso. b) Cuando el art. 154 determina que «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten», no

impone que hayan de serlo necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad —como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en su ejercicio conjunto, art. 156.2.º— sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten.

Medida establecida en el art. 158.2.º CC. Impugnación casacional.— La naturaleza de la medida establecida en el art. 158.2.º y la discrecionalidad que implica no permite su impugnación casacional, tanto si es concedida como denegada en la instancia, salvo los supuestos de impugnación de los fundamentos fácticos de la misma por vía de error en la apreciación de la prueba, que no se ha seguido en este recurso.

Recurso de casación.— Se dirige contra el fallo de la sentencia impugnada y no contra sus razonamientos (Sentencias de 23 de marzo de 1991 y 18 de febrero de 1992), alguno de los cuales puede ser erróneo o inoperante, como aquí sucede, sin afectar a lo decidido con acierto por el Tribunal de instancia. (STS de 25 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrente, doña M.^a Luisa M.C., solicitó, en la demanda iniciadora de este proceso, que se prive a don Ricardo R.N. de la patria potestad que venía ejerciendo sobre su hija, y que la guarda y custodia de la niña sea encomendada a la actora, tía de la niña designada en el testamento abierto otorgado por la fallecida madre de la niña, doña Adela M.C., así como también adoptar la medida cautelar consistente en conceder interinamente la guarda y custodia de la menor a dicha demandante, medida que fue acordada por el Juzgado en auto de 7 de mayo de 1990. Dictada sentencia desestimatoria de la demanda y dejando sin efecto la medida, la Sra. M.C. interpuso recurso de apelación, que fue a su vez desestimado por la Audiencia, cuya sentencia se recurre ahora en casación. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación. (A.C.S.)

50. La investigación de la paternidad no vulnera los derechos constitucionales (intimidación personal, integridad física) del sujeto que se comete a las pruebas biológicas.— Los derechos a la integridad física y a la intimidad personal, que garantiza los arts. 15 y 18 CE no se pueden considerar vulnerados, cuando es acordado judicialmente un reconocimiento hematológico, como prueba propuesta y razonadamente admitida en un procedimiento de reclamación de filiación, entre cuyos medios de justificación la propia Ley autoriza esta probanza. El principio también constitucional del art. 39.2 hace que necesariamente prevalezca el interés social y de orden público, connatural a toda declaración de paternidad, y base fundamental de los demás derechos correspondientes a la filiación, al proteger a esta tanto dentro como fuera del matrimonio. Así pues la negativa del demandado que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas, no puede conducir a la consagración de la impunidad, respecto a la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares. La intervención quirúrgica que supone la extracción de unos cuantos centímetros de sangre, no se puede calificar, desde otro punto de vista, como un atentado a la integridad física, ni muchos menos una ingerencia degradante para la intimidad o dignidad de la persona, pues realizada la operación por un profesional de la medicina, y con las modernas garantías asépticas y sanitarios, queda eliminado cualquier riesgo físico; resultando pueril alegar como justificación de la negativa, un posible contagio de enfermedades infecciosas o un ataque al recato de una persona.

Causas por las que podría estar justificada la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— Sólo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento a la prueba biológica, entre estas causas, y sólo a título de ejemplo, podríamos citar: el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarla; la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado; la absoluta falta de necesidad de la misma, pues existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin justificatorio, etc. Sin la existencia de estos evidentes obstáculos, cualquier conducta obstructivista del demandado, sólo merece el calificativo de ilegítima por falta de justificación y llevará aparejada la sanción valorativa que el Tribunal considere oportuna.

Imposibilidad de obligar físicamente a someterse a las pruebas biológicas.— El Tribunal *a quo* así lo entendió, mas como en la legislación vigente, tanto penal como procesal, no existe medio de clase alguna que permita a los jueces obligar físicamente al litigante reticente a someterse por la fuerza a la extracción de sangre (véase los arts. 496 y 372 CP, el segundo referido sólo a los peritos y testigos y la STC 34/193) hizo lo único que estaba a su alcance: efectuar un proceso valorativo de la irregular e injustificada conducta del demandado.

Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— La Sala de Apelación, valoró la conducta negativa del demandado, y esa valoración sólo le pudo conducir a estimarla como un valioso indicio en favor de la apreciación de la paternidad que se reclamaba; de distinta naturaleza de la *facta confessio* que autoriza el art. 593 LEC (pues tal negativa está plasmada en norma legal alguna, y en todo caso sería una *facta pericia*) pero si de inestimable eficacia probatoria, complementada con otros elementos de prueba. (STS de 27 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Planteada demanda por la madre en nombre y en representación de su hija se reclamaba la filiación paterna no matrimonial, el presunto padre se opuso a la demanda y se negó a que se le practicara la prueba biológica, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

51. Valoración jurisprudencial de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad.— En cuanto a la valoración de su negativa a someterse a la prueba biológica sobre su paternidad, la Audiencia se atuvo a la doctrina jurisprudencial interpretativa de los arts. 127 y 135 CC, según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica, aun no constituyendo *facta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelan la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (SS TS de 5 y 7 de marzo de 1992, 17 de junio del mismo año, 26 y 28 de abril de 1993).

Las pruebas biológicas no infringen los derechos constitucionales (intimidad, integridad y honor) del sujeto pasivo.— En lo relativo al derecho constitucional del presunto padre a su intimidad, integridad y honor, que invoca el recurrente, sólo ha de recordarse que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (STS de 15 de marzo de 1989),

lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial antes reseñada en absoluto conduce a violación alguna de los derechos del recurrente, pues las pruebas biológicas no afectan a la integridad física y moral de la persona ni mucho menos implican intromisión en su intimidad u honor, sino que constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad. (STS de 18 de mayo 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Planteada demanda por la madre en nombre y en representación de su hijo se reclamaba la filiación paterna no matrimonial, el presunto padre se opuso a la demanda y se negó a que se le practicará la prueba biológica, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

52. La reclamación de filiación paterna no matrimonial en los casos de padre fallecido.— La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida (art. 133 CC) y, por tanto, es ejercitable por el mismo aunque haya fallecido el designado como presunto padre (o madre, si lo que se cuestiona es la maternidad), lo que entraña que del material probatorio utilizable han de quedar, obviamente, excluidas en dicho supuesto las pruebas biológicas.

Valoración de las pruebas indirectas o presuntivas en los procedimientos de investigación de la paternidad.— En orden a la interpretación del art. 135 CC es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 del mismo Código, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de manera análogo» (SS de 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas). Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el presente motivo ha de ser desestimado, pues los hechos que las contestes sentencias de la instancia declaran probados, guardan una patente analogía, con los ya dichos que el art. 135 CC enumera en relación abierta, en cuanto notoriamente indiciarios aquellos de las relaciones afectivas y sexuales tenidas exclusivamente con el presunto padre, mantenidas durante diez años, dentro de cuyo período de tiempo se produjo la concepción y el nacimiento del demandante, y aquí recurrido, por lo que se ajusta a la más estricta lógica, según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC) la conclusión favorable a la declaración de paternidad del fallecido. (STS de 16 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante y en el recurso de casación recurrido entabló demanda solicitando que se declarase la filiación paterna no matrimonial de su padre ya fallecido, así como su condición de here-

dero forzoso con derecho a percibir la legítima del haber hereditario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

53. Deudas contraídas por el cónyuge comerciante sometido al régimen de gananciales.— Los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges dado que los Sres. L. ejercían actividades comerciales, y no consta que sus respectivas esposas se hayan opuesto en la forma legal negando expresamente su consentimiento para soportar las consecuencias de dicha actividad, por lo que a tenor de lo dispuesto en los arts. 6, 7, 11 y 12 CCO, en relación con el art. 1.556-2.º CC, los bienes gananciales de los respectivos matrimonios responden directamente, en su caso, de las deudas contraídas por los esposos.

Efectos frente a terceros de las modificaciones del régimen económico matrimonial.— De aquí que no pueda pretenderse como intenta la entidad recurrente, ora sea con nueva valoración de documentos, que desliza en los motivos segundo y tercero, ora sea con nueva valoración de la prueba de confesión, que desliza en el motivo cuarto, obtener la casación de la sentencia sobre el particular de la afectación de los bienes, ya que ésta no pone en cuestión el alcance de la responsabilidad, sino la repercusión de la misma, según la operatividad frente a terceros de las modificaciones del régimen patrimonial. La jurisprudencia, por lo demás es clara.

Requisitos de publicidad para la oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales.— La validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *ad solemnitatem* y no meramente en forma *ad probationem* y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, mas estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 1.333 CC, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria y, especialmente, en concordancia con lo establecido por el art. 75 del Reglamento Hipotecario.

Distinción entre la eficacia entre las partes y frente a terceros del cambio del régimen económico matrimonial.— No cabe que se confundan los que son efectos *inter partes* de los acuerdos de esta naturaleza, incluso de sus proyecciones en función de la inscripción en el Registro civil, por lo que el cambio de régimen económico matrimonial representa, con lo que son derechos de terceros sobre bienes inmuebles concretos y determinados que constan en una relación ofrecida por las partes como tales bienes gananciales que se hacen, con toda sujeción a Derecho, depender de cual sea su situación registral pública. (STS de 6 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Una entidad bancaria promovió juicio de menor cuantía contra cuatro comerciantes y sus respectivas esposas, en reclamación de cantidades y solicitando adicionalmente que se declarara que determinados bienes que habían sido gananciales se hallaban afectos al pago al que fueren condenados los deudores, por no tener eficacia a estos efectos las modificaciones de los regímenes económi-

cos convenidas por los matrimonios demandados. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia del Juez de Primera Instancia, en el sentido de condenar también solidariamente a los cuatro comerciantes demandados y declarar que los bienes que habían sido gananciales se hallaban sujetos al pago de la deuda, por ser las capitulaciones matrimoniales inoficiosas frente al acreedor, al haberse inscrito en el Registro con posterioridad al nacimiento de la deuda. El Banco acreedor ejercitó el recurso de casación por entender que los bienes gananciales estaban afectados al pago de la deuda. Una de las esposas de los deudores recurrió también alegando que la fecha que había de tenerse en cuenta por los terceros no era la de la inscripción de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad, sino, en todo caso, la de mención de las mismas en el Registro civil. El Tribunal Supremo rechazó ambos recursos.

NOTA.— Con una técnica no demasiado depurada, acaso heredada de las sentencias de instancia —que hablaban de capitulaciones inoficiosas cuando tenían que haber dicho inoponibles—, el Tribunal Supremo analiza la repercusión que sobre unas deudas contraídas en el ejercicio del comercio pueden tener las modificaciones de los regímenes económicos de los deudores, decidiéndose acertadamente por el expediente de la inoponibilidad. Por otra parte, se plantea el interesante problema de decidir cuál de las dos fechas, la de inscripción de la escritura pública de capitulaciones en el Registro de la Propiedad o la de su mención en el Registro civil, es la que habrá de tenerse en cuenta para inferir la posterioridad del cambio de régimen económico que es imprescindible para aplicar la inoponibilidad, decidiéndose por la solución hipotecaria cuando la responsabilidad se quiere concretar sobre inmuebles inscritos. (L.F.R.S.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

54. Interpretación de cláusula testamentaria.— El art. 675 CC consagra la voluntad del testador como regla de oro en materia de interpretación testamentaria. Resulta claro del tenor literal de la disposición testamentaria, que la voluntad real del testador fue, de una parte, que su esposa tuviera cubiertas todas sus necesidades en vida; y de otra, que el sobrante de sus bienes pasara concretamente a sus sobrinas o a sus descendientes, a su propia familia. La cláusula testamentaria por la cual el causante dispone que al fallecimiento de su mujer, los bienes de que no hubiera dispuesto en vida, pasaran por partes iguales a las sobrinas del testador estableció un verdadero fideicomiso de residuo, en la modalidad *si aliquid supererit*.

Alcance de las facultades de disposición del heredero fiduciario.— Dado que la institución de que se trata tiene un fundamento indudable en la confianza y buena fe que merece al testador el heredero en orden al cumplimiento de su voluntad, resulta de toda evidencia que las aludidas facultades han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el art. 781 del CC, ofrece notas comunes con ellas y permite la

aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores. Según esto, la expresión «los bienes de que esta no hubiera dispuesto en vida» no supone otorgamiento para disponer *mortis causa* y sí lleva consigo la concesión de amplias facultades de disposición *inter vivos*. Ahora bien, hay que distinguir entre aquellos actos dispositivos que llevan consigo una salida definitiva e incondicional de bienes del patrimonio hereditario, de aquellos otros en que no obstante concurrir esa circunstancia, ello sólo fuese en apariencia, al volver a entrar los bienes en la esfera dispositiva de la heredera por vía del cambio, sustitución o conversión de unos bienes por otros, de tal manera que los «nuevos bienes» pasan a integrar el patrimonio personal de la heredera fiduciaria, con notorio perjuicio de las herederas fideicomisarias y con la consecuente desviación, en la práctica, de la voluntad del testador. Fue voluntad del testador la de querer asociar al pleno y libre dominio de los bienes concedidos a su esposa el criterio de subrogación con la finalidad de atemperar, en favor de las sobrinas, las facultades de disposición otorgadas a aquélla.

Carácter del heredero fideicomisario.— Tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos. El fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita al posterior cumplimiento de la condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más será un heredero sometido a condición suspensiva, que mientras esta no se cumpla no tiene más que una simple expectativa de derecho. Como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que muera el fiduciario, que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario. (STS de 22 de junio de 1994; ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don S.C.G., casado con doña A.E.C. y sin hijos, otorgó testamento abierto en el que instituyó heredera universal a su esposa, estableciendo igualmente que al fallecimiento de ésta los bienes de que no hubiera dispuesto en vida pasaran, por partes iguales, a las sobrinas carnales del testador doña M.T.C.A. y doña M.A.C.A.

Posteriormente, fallecido su esposo, doña A.E.C. otorga testamento en el que ordena una serie de legados e instituye herederos, en el remanente de sus bienes, tanto en la nuda propiedad como en el usufructo vitalicio; además de nombrar albaceas.

Tras el fallecimiento de doña A.E.C. las sobrinas de su esposo formulan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la declaración y determinación, previa rendición de cuentas, del importe del fideicomiso de residuo del que son herederas y la condena al albacea y herederos a la entrega de los bienes y derechos de su pertenencia así como los frutos e intereses devengados desde la muerte de la causante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima las pretensiones de las demandantes, señalando que en la determinación del importe del fideicomiso regiría el criterio de subrogación real. Apelada la sentencia, es revocada en parte en lo referente al criterio de determinación del importe del fideicomiso, entendiéndose en este caso que las facultades de disposición de la causante abarcaban tanto los negocios a título oneroso como gratuito. Esta sentencia es recurrida en casación por doña M.T.C.A. y doña M.A.C.A. (C.P.A.)

55. Problemas de calificación de la institución.— «Calificado en la sentencia recurrida el legado instituido a favor del demandante-recurrente como de legado modal, tal calificación jurídica, ahora combatida, es la que el recurrente aceptaba en la fundamentación de su demanda; no obstante, en el desarrollo del motivo se entiende que la intención del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas. Aún aceptando como se dice en el motivo que el señalamiento de las pensiones a favor de las hermanas del testador y a cargo del legatario recurrente constituyen un sublegado, de acuerdo con la doctrina de esta Sala recogida en la sentencia de 4 de junio de 1965 según la cual «la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», ello no sería bastante por sí solo para la casación de la sentencia impugnada».

No ha habido pérdida del objeto del legado.— «No resulta probado en autos que la manda o sublegado constituido a favor de las demandadas superase el valor de lo legado al recurrente ni que el legado gravado se haya perdido por causas ajenas a la voluntad del legatario. No estando condicionado por la voluntad del testador el pago de la pensión instituida a favor de sus hermanas con carácter vitalicio, a la buena marcha del negocio del que era partícipe y cuya participación legó a su sobrino recurrente; y no puede considerarse aplicable el art. 869.3.º a la ruina del referido negocio ya que está contemplado el supuesto de pérdida de la cosa legada producida desde el momento de la institución hasta la entrega de la cosa al legatario». (STS de 28 de mayo de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— En testamento de fecha 27 de enero de 1972, D. José María S. de H. instituye legatario a su sobrino D. Juan José D. con unas participaciones en la sociedad mercantil «S. de H., S.L.», siendo una de las condiciones de este legado la obligación del favorecido de abonar mensualmente una pensión a sus tias (hermanas del causante) Dña. Agustina y Dña. Dolores S. de H. (durante el curso de la *litis* se discute si se trata de un legado modal o condicional en favor de D. Juan José, y de si la atribución a Dña. Agustina y Dña. Dolores constituye o no un sublegado). El legatario presenta demanda solicitando quedar relevado del pago de las pensiones instituidas o alternativamente, quede suspendido el pago hasta que las circunstancias lo permitan y el objeto del legado se revitalizara. El Juzgado de Primera Instancia admite íntegramente la demanda, declarando extinguida la obligación derivada del legado instituido en favor de D. Juan José D. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dicha sentencia y declara el derecho de las apelantes a recibir mientras vivan la renta establecida en el testamento por el causante. (J.A.F.C.)

56. Rentas y frutos percibidos de los bienes hereditarios que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición.— «El art. 1063 del Código civil ha sido correctamente aplicado por el Tribunal de Apelación para excluir de la partición hereditaria la referida cantidad, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que en su sentencia de 6 de mayo de 1978 dice que “como ya declaró esta Sala en sentencias de 9 de junio de 1928, 28 de mayo

de 1931 y 12 de abril de 1944, no es dable confundir el derecho que concede a los herederos el citado precepto legal con las obligaciones inherentes a una administración de un patrimonio indiviso”, en tanto que la sentencia de 30 de octubre de 1976 establece que «al disponer el art. 1.063 del Código civil que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere recibido de los bienes hereditarios, y al desprenderse de los hechos probados en la resolución que se impugna y de su misma parte dispositiva aue las demandas o el causante de una de ellas, disfrutaron desde la extinción del usufructo de sus padres, de mayor porción de bienes de los que les correspondían, en virtud del testamento, es evidente, que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones pertinentes, tal y como se solicita en el pedimento sexto del escrito de réplica, en el que, de acuerdo con lo prevenido en el art. 548 de la Ley de Trámites y sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1894, se ratificó el correlativo de la demanda, sin que a ello obste lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 451 de la Ley Civil sustantiva, por implicar el mismo una norma de carácter general, que debe ceder ante la específica del 1063 aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia, según sentencia de 9 de junio de 1028, sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de derecho, el que dice que: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenuit*, tanto más cuanto que, en este caso las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe», declarado por la sentencia de instancia que no se ha acreditado la existencia de las rentas ni la producción de frutos de los bienes, a que se contrae la tan repetida cifra, sin que esa declaración fáctica haya sido combatida en el recurso, ha sido correctamente aplicado, se repite, el citado art. 1063 que impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *parcipiendi*». (STS de 30 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Seguidos autos de juicio voluntario de testamentaría formula oposición contra las operaciones particionales realizadas una de las coherederas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia aprobando las citadas operaciones e introduciendo determinadas modificaciones que la sentencia relaciona. La Audiencia revoca la resolución del Juzgado excluyendo una partida que corresponde al tercio de frutos y rentas de los inmuebles administrados y poseídos por coheredera distinta a la que formuló su oposición, al entender que no queda debidamente acreditada la existencia de dichos frutos de los inmuebles. Recurre en casación la coheredera que se opuso y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

57. Reconvención formulada *al cautelam* para el caso de que la demanda principal sea estimada.— «El motivo del recurso acusa de incongruencia a la sentencia recurrida al haberse pronunciado sobre la reconvención (desestimándola además) cuando la misma fue formulada para el único y exclusivo supuesto de que fuera estimada la demanda, lo que no ha ocurrido. El expresado motivo ha de ser estimado pues si la sentencia recurrida ha desestimado totalmente la demanda principal, no podía entrar a conocer de la reconvención, ni resolverla en ningún sentido, sino que simplemente debió limitarse a tenerla por no formulada».

No cabe modificación unilateral por el albacea de una partición previa ya aceptada por los herederos.— «Dirigida la demanda principal a que se declare la eficacia y obligatoriedad para las herederas litigantes y para el albacea Sr. Riviere Ribas de lo estipulado en la escritura particional de 10 noviembre de 1988, y la subsiguiente ineficacia o nulidad de la división que realizó el expresado albacea entre mediante la escritura pública de 26 de julio de 1989. El albacea universal Sr. Riviere no puede modificar unilateralmente la partición que ya había hecho con el pleno consentimiento de las herederas interesadas, pues las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos». (STS de 25 de abril de 1994; ha lugar al recurso).

HECHOS.— En testamento otorgado por D. Salvador Mas Rovira son instituidas herederas universales a partes iguales sus dos hijas D.^a Carmen y D.^a Teresa Mas Alfonso; y es nombrado albacea D. Juan-José Bondía, con todas las facultades propias del albaceazgo universal, y por un plazo máximo de ocho años. Por renuncia de D. Juan-José, el Juzgado designó albacea dativo a D. José-Luis Riviere «con las mismas funciones y facultades que el albacea testamentario sustituido». El Sr. Riviere realiza en escritura pública de 10 noviembre de 1988, suscrita también por las herederas, una adjudicación a cuenta del as hereditario, con asignación individual de algunas de las fincas (14 de 21 totales), y asignación de otras de aprovechamiento conjunto por ambas herederas (las 7 restantes), las cuales negociarán en breve plazo su reparto, y si no llegaran a un acuerdo, el albacea las adjudicará bien por mitades indivisas referidas a todas y cada una de dichas fincas, o bien adjudicando dos de las seis (números 9 y 10) individualmente, y las otras cinco en comunidad ordinaria. Posteriormente una de las fincas (la 18) es objeto de un procedimiento administrativo de parcelación, a cuyas resultas existen dos parcelas. El albacea entrega una de éstas a D.^a Carmen, y la otra a D.^a Teresa. D.^a Carmen impugna esta última asignación (escritura 26 julio 1989) y solicita que ambas parcelas sean declaradas en régimen de comunidad ordinaria, siguiendo cuanto quedo acordado en la escritura de adjudicación. D.^a Teresa interpone reconvencción *ad cautelam* para pedir la división de ambas parcelas si se impugna la última asignación el albacea y se declara su régimen de copropiedad ordinaria. (J.A.F.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

58. Crédito documentario irrevocable y prorrogado: Doctrina general.— Al no estar regulado por el Derecho positivo el crédito documentario irrevocable ha de acudir a las Reglas y Usos Uniformes, según el texto aprobado en su última revisión, publicación número 400 de la Cámara de Comercio Internacional, que entró en vigor el 1.º de octubre de 1984 conforme a las cuales se trata de «un medio de pago en virtud de cual un Banco (banco emisor) obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente

(ordenante) se compromete a efectuar un pago a un tercero (beneficiario) contra entrega de los documentos exigidos por el ordenante y siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones en que el crédito documentario se haya establecido (art. 2 de las R.U.U.). Cuando el Banco emisor no posea establecimiento en el lugar del domicilio del exportador la emisión del crédito documentario se notifica al beneficiario utilizando los servicios de un banco del país exportador (Banco notificador o avisador) el cual se encargará de comunicar su apertura al beneficiario (art. 8.º). Dado que el Banco avisador es elegido por el Banco Emisor, el beneficiario, para su mayor confianza o comodidad, puede solicitar a un tercer Banco, Banco intermediario o pagador, del que sea cliente, que se encargue de recibir los documentos y de pagar, remitirlos posteriormente al Banco avisador y reembolsarse del mismo (art. 16).

Concurso de responsabilidades contractual y extracontractual: nueva dirección jurisprudencial.— Según SS de 2 de febrero de 1990, 6 de octubre de 1992 y 15 de febrero de 1993 (que citan otras anteriores), si bien referidas a supuestos distintos del crédito documentario, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Perjuicio extracontractual del beneficiario de un crédito documentario: Prórroga: falta de notificación al Banco Intermediario.— La doctrina del Tribunal *a quo* según la cual los gestores de un crédito documentario (Banco avisador y Banco pagador) se encontraban vinculados por el régimen contractual de las Reglas y Usos Uniformes, razón por la cual no podía prosperar contra ellos la acción ejercitada por culpa extracontractual no puede prosperar conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, dado que hay base jurisprudencial para proteger a la víctima y que ésta puede prescindir de la relación contractual (crédito documentario) y reclamar que se le pague el daño producido fuera del contrato, pues el error de dar por extinguida la relación contractual se produce por una omisión negligente, cual no comunicar la modificación de crédito que tenía que haber realizado el Banco avisador no sólo al beneficiario, como hizo, sino también al Banco intermediario o pagador que se encargaba de recibir los documentos y de pagar, así como de remitirlos posteriormente al Banco avisador y reembolsarse; ello implica que el BBV actuó conforme a las reglas de la sana crítica y buena fe bancaria al calificar el crédito como vencido si no se le había notificado su prórroga, notificación que no probó haber realizado el Banco I. y que correspondía según enseñan las máximas de experiencia, pues en autos quedó acreditado que la fotocopia de la notificación a A.H. obrante en poder del BBV se le entregó a éste cuando ya se había producido el daño; en consecuencia, la acción ejercitada por el perjudicado ha de ser estimada respecto de Banco I., pero ha de absolverse al BBV, pechando aquél con las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba del hecho obstativo, extintivo o impeditivo de su responsabilidad. (STS de 17 de junio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— En el caso que nos ocupa, Altos Hornos de Vizcaya, S.A., ejercitó una acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente al Banco de Bilbao (después Banco de Bilbao Vizcaya, S.A.)

y Banque Indosuez en reclamación de 85.433.771 ptas., contra valor de 643.646,47 dólares USA. al cambio oficial del día 1 de diciembre de 1986, más los intereses legales y costas, sobre la base de los siguientes hechos:

1.º) Con fecha 5 de noviembre de 1986 fue establecido a favor de Altos Hornos de Vizcaya un crédito documentario a la exportación por cuantía inicial de 650.633 dolares USA, irrevocable, amparando una operación exportadora de productos siderometalúrgicos, siendo el Banco emisor Banco Líbano-Francaise (Francia) interviniendo los Bancos demandados, Indosuez como avisador y Bilbao Vizcaya como beneficiario pagador.

2.º) El crédito tenía un vencimiento inicial al 24 de noviembre de 1986, siendo prorrogado con fecha 14 de noviembre de 1986 hasta el día 1 de diciembre de 1986.

3.º) El crédito documentario irrevocable debía hacerse efectivo contra la entrega de los documentos relacionados en el condicionado del mismo, entrega que realizó Altos Hornos de Vizcaya, S.A., en las oficinas del Banco de Bilbao el día 28 de noviembre de 1986, dentro del plazo prorrogado con la modificación introducida en el crédito litigioso.

4.º) El Banco de Bilbao, recibidos los documentos, mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 1986 hizo seguir tales documentos al Banque Indosuez, avisador, formulando la observación de que el crédito estaba vencido.

5.º) Como consecuencia de la indicada observación de «crédito vencido», los documentos fueron remitidos al Banco emisor, Banco Líbano-Francaise, en *gestión de cobro*, lo cual ocasionó que tal Entidad no se hiciera cargo de los mismos a la espera de instrucciones, las cuales se concretaban en que por el ordenante del crédito, Ferblamo Sam, fuera autorizado el pago dada la observación de «crédito vencido». Con posterioridad el Banco emisor responde no poder tramitar su reclamación dado que la deudora se encontraba en estado de suspensión de pagos.

6.º) El Banco de Bilbao, a pesar de ello, reitera la reclamación de pago alegando la presentación de los documentos en plazo y excusando su error al no haber sido notificado por el Banco avisador de la modificación del crédito (doc. 12 de la demanda).

7.º) El Banque Líbano-Francaise no responde a este télex y el Banco de Bilbao se dirige al Banque Indosuez, iniciándose una serie de correspondencia cruzada entre ambos bancos, eludiendo cada uno de ellos su responsabilidad e inculpando al otro.

8.º) Con todo ello se produce el perjuicio económico de Altos Hornos de Vizcaya, S.A., en cuanto que tal entidad ha suministrado el material contratado y no ha sido abonado por nadie su valor monetario. (G.G.C.)

59. Seguro. Exclusión de cobertura.— La exclusión de responsabilidad en la que se aparta de la cobertura prevista, a las enfermedades, entre otras, derivadas de trastornos cardiovasculares, cualquiera que sea el sentido de las expresiones utilizadas, habrá de entenderse que se refiere de una manera notoria a la inserción de cláusulas limitativas de derechos de los asegurados.

dos, por cuanto que, el acaecimiento de esta eventualidad supone si se considera vinculante dicha exclusión, que el derecho del asegurado a obtener el resarcimiento correspondiente al riesgo cubierto, se verá no solamente limitado, sino eliminado, por lo que se reitera, sin que exista, pues duda alguna de que dicha exclusión se refiere en concreto a una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, es evidente, que se requiere como presupuesto inicial y básico para entender luego su habilitación vinculante la previa y expresa aceptación de la misma por ese asegurado. El que se trate de un seguro colectivo, no excluye la aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro. En los supuestos en los que el tomador y el asegurado son personas distintas es aquél el que debe aceptar dichas cláusulas. (STS de 14 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El señor X falleció mientras trabajaba; la muerte se debió al infarto de miocardio; como causa inmediata de tal infarto actuó la presión y el «stress» a que estaba sometido por el exceso de trabajo. La actora, mujer del fallecido, demandó a la Cía. P.U., para que ésta fuese condenada al pago de la indemnización solicitada, y ello debido a que el fallecido estaba asegurado en la póliza colectiva suscrita por la Dirección General de Correos, con la demandada, en la que se cubría el riesgo de accidentes corporales, con varias exclusiones, entre ellas los ataques cardiovasculares. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, apelada la sentencia la Audiencia Provincial admitió el recurso y concedió la indemnización; la compañía de seguros recurre en casación. (F.M.G.)

60. Consorcio de Compensación de Seguros. Naturaleza jurídica. Normativa rectora de la obligación de pagar intereses de demora. Aplicación del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro privado, e inaplicación del art. 45 de la Ley General Presupuestaria número 11/1977, de 4 de enero.— La cuestión principal sobre la que el TS tiene la oportunidad de decantarse en esta sentencia, es determinar, de los dos preceptos mencionados, cuál es el aplicable a la hora de establecer la cuantía de los intereses moratorios.

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, modificó el régimen jurídico del Consorcio de Compensación de Seguros, a fin de adaptarlo a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, definiéndolo como una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pero dotada de patrimonio distinto al del Estado debiendo ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado. Además en la citada Ley se estableció, que el Consorcio quedará sometido, en el ejercicio de su actividad aseguradora a lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Seguro Privado y en la Ley de Contrato de Seguro, puntualizándose, que en ningún caso le serán de aplicación, la Ley de Entidades Estatales Autónomas, ni la Ley de Contratos del Estado.

Este cambio de naturaleza determinó, que a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, esta entidad quedará sometida en el ejercicio de su actividad aseguradora a la ordenación del Seguro Privado, y por tanto, a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro Privado, que preveía que transcurridos tres meses desde la producción del siniestro sin satisfacer la indemnización, ésta se incrementaría en un 20 por ciento anual.

De esta nueva normativa se deriva que, la obligación de pago de intereses de demora ya no se rige por el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, precepto que establece una serie de particularidades que constituyen un régimen más favorable, y que fue aplicado al Consorcio de Compensación de Seguros hasta que por la Ley citada se produjo la mutación de su naturaleza jurídica, lo que determinó en esta sentencia, la inaplicabilidad de dicho precepto. (STS de 5 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el Consorcio de Compensación de Seguros, sobre reclamación de cantidad, en concepto de intereses por el retraso en el pago de indemnizaciones derivadas de diversos siniestros, dado que el pago se demoró en un período de veinte meses.

NOTA.— La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la Disposición adicional sexta, ha dado una nueva redacción al art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, al objeto de aclarar la regulación de la materia a que se refiere esta sentencia, tratando de evitar las dificultades interpretativas existentes y moderando la fórmula del interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero.

En lo referente al pago de intereses por el Consorcio de Compensación de Seguros, esa normativa aparece regulada en el apartado 9, del nuevo art. 20, el cual determina el momento en que el Consorcio incurre en mora, y el apartado 4 del citado artículo, en el que se especifica que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por ciento. Además se prevé que, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por ciento. (*M.I.M.P.*)

61. El Consorcio de Compensación de Seguros no sustituye a las compañías aseguradoras insolventes o en fase de disolución asumiendo las obligaciones derivadas del Seguro Voluntario de automóviles.— «El segundo motivo causa la infracción del art. 3.º del Decreto Ley 18/1964 de 3 de octubre de su apartado c), en relación con el número 1 del art. 3.º del vigente Código Civil. El motivo no puede sino fracasar, porque está bien claro que el artículo que se cita en principio de la Ley 18/1964, en su apartado d) establece: «Asumir, dentro del ámbito del Seguro Obligatorio (de vehículos de motor), los riesgos no afectados por las entidades aseguradoras, sin perjuicio de su distribución entre las mismas», añadiendo en el párrafo e), que es el aquí específicamente aplicable: «El cumplimiento de las obligaciones de dichas entidades cuando se encuentren en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra». Como se advierte, esta Disposición legal, desarrollo como dice su Preámbulo del art. 45 de la ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, gira en torno a su *ratio legis* que no es otra que la propia del Seguro Obligatorio de Automóviles y no el Seguro Voluntario y lo demuestra que ese era el principio en que se basa la *mens legislatoris*, que tanto el Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio

(art. 8) sobre el Consorcio de Compensación de Seguros, continuador del Fondo Nacional de Garantías como el art. 17-2-c) del Reglamento aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que enmarcan cuál es el criterio legal —no obstante el hicapié que se hace del art. 3-1 del Código civil—, no dan otra idea que la de sustitución para el Seguro Obligatorio del Automóvil y dentro de sus límites, de las Compañías Aseguradoras por un estado de insolvencia o imposibilidad financiera de cumplir con el compromiso de la suscripción de tal seguro, por el Consorcio de Compensación de Seguros sin que sea factible asumir las obligaciones del Seguro Voluntario y así lo tiene establecido una doctrina pacífica de esta Sala en lo que se rechaza incluso la vinculación de doctrinas de otras Salas de este Tribunal de diversa tendencia en temas como éste de jurisdicción específicamente civil (SS de 30 de mayo y 2 de julio de 1991; 12 de marzo y 27 de octubre de 1992)». (STS de 28 de septiembre de 1994; no ha lugar)

HECHOS.— La demanda de la que arranca el recurso de casación se dirige contra el Consorcio de Compensación de Seguros en reclamación de la indemnización que, concedida por la jurisdicción penal, no ha sido satisfecha totalmente por estar en liquidación la entidad aseguradora, condenada al pago de la indemnización resultante a un accidente. Según la actora es el Consorcio quien subsidiariamente ha de restañar las consecuencias económicas de los siniestros producidos por vehículos de motor cuando se den en las aseguradoras circunstancias de insolvencia o imposibilidad de cumplir sus compromisos. La sentencia de Primera instancia accede a la demanda pero fue revocada por la Audiencia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

III. DERECHO PROCESAL

62. Principios básicos vigentes en el proceso.— Los Tribunales deben interpretar las normas de tal forma que se haga efectivo el principio de contradicción y que prevalezca los de defensa y bilateralidad (art. 24.1 CE), cuando una lectura demasiado formal de la ley pudiera dar lugar a una vulneración de tales principios ocasionando un perjuicio a los titulares de derechos legítimos.

Requisitos para la aplicación del art. 777 LEC.— El art. 777 LEC se aplica al que ignora la existencia del procedimiento. En su virtud se concibe la situación del demandado emplazado por edictos como de «rebeldía ficticia». Por otra parte, la circunstancia 2.^a del art. 777 LEC no se ve alterada por una estancia temporal del demandado en el sitio en el que tuvo lugar el juicio, siempre que no se produzca desde que aquél fue emplazado hasta la publicación de la sentencia, o bien al tiempo de ser publicados los edictos de emplazamiento. (STS de 30 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de vecinos del edificio en donde los recurrentes son propietarios de un piso les demanda por obras inconsonantes en elemento común. Se constata que los recurrentes-demandados tienen su residencia y domicilio en EE.UU. de América del Norte, por lo que son emplazados por medio de edictos en el B.O. Provincial

correspondiente.

Tras ser dictada sentencia en rebeldía, los demandados apelan ante la Audiencia Provincial solicitando audiencia contra dicha resolución con base en el art. 777 LEC. La petición es rechazada con la argumentación de que existen pruebas de que los demandados estuvieron al menos temporalmente en el partido judicial donde se siguió el proceso.

Los demandados recurren ante el TS y alegan indefensión, con base en el art. 24.1 CE, derivada de la forma edictal en que se produjo el emplazamiento. (*J.C.E.L.*)

63. La pasiva actitud procesal de la recurrente le impide alegar indefensión a ella imputable.— «Se denuncia la falta del preceptivo requerimiento de pago respecto a la recurrente que el art. 131 de la Ley Hipotecaria exige como requisito fundamental para la viabilidad de la acción ejecutiva hipotecaria. La doctrina científica y la jurisprudencia pacífica de esta Sala es acorde en sostener el carácter fundamental de tal requerimiento, íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva del derecho; pero este principio básico no se violenta cuando las partes intervinientes en un proceso dejan de mostrar la debida diligencia, colocándose a sí mismos en una situación de indefensión que fácilmente hubieran podido evitar actuando razonablemente; como sería si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio, dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, obligándole la diligencia mínima exigible a defender sus intereses personándose en el procedimiento, subsanando de esta forma la posible infracción cometida por el Órgano Judicial; a no ser que el indicado conocimiento sea tan tardío que impida la adecuada defensa de sus derechos (SS TC entre otras muchas, de 4 de junio de 1990; 12 de noviembre de 1990; 17 de enero de 1991 y 30 de junio de 1993)».

Principio procesal de conservación del acto y de economía procesal contrario a la nulidad de actuaciones.— «Las entidades de crédito ejecutantes reconocieron sus omisiones, y el Juzgado debió hacer otro tanto. Doctrinalmente la Sala entiende que ésta es la posición correcta, pero en las actuales circunstancias resulta notoriamente inviable llevarla a sus últimas consecuencias. No ha habido indefensión como consecuencia de la omisión del requerimiento; la parte a quien indebidamente no se le admitió el allanamiento a esta demanda impugnatoria de aquel procedimiento de ejecución fue a las entidades ejecutantes; tal denegación les ha producido un retraso innecesario; por no haber podido reproducir entonces el procedimiento judicial sumario, una vez subsanada la omisión; así pues, en este momento procesal no tendría razón de ser una declaración de nulidad ya que no resolvería o subsanaría defecto alguno, y sólo daría lugar a una nueva dilación sin finalidad práctica, o más bien causando un nuevo perjuicio». (*STS de 19 de julio de 1994*; no ha lugar).

HECHOS.— Con fecha de 14 de octubre de 1988 se inicia un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, acompañando a la demanda actas notariales de requerimiento donde se olvidan de una de las demandadas, pariente de las sí requeridas, que vive en su mismo domicilio, y que había firmado personalmente algunas de las notificaciones habidas a lo largo del proceso. El proceso sigue sus trámites y todos los demandados comparecieron en algunos de ellos. El 24 de septiembre de 1990 la demandada en la ejecución hipotecaria judicial

sumaria impugna alegando la falta de requerimiento de pago en que incurrieron tanto las partes ejecutantes como el Juzgado. Las entidades bancarias en su escrito reconocen la omisión involuntaria y deciden allanarse a la demanda, allanamiento que no concede el Juzgado. La Audiencia Provincial desestimando la apelación, confirma la resolución de primera instancia. (J.A.F.C.)

64. Cauce procesal adecuado para plantear en casación cuestiones sobre litisconsorcio pasivo necesario.— «Esta Sala tiene establecido de modo predominante, el criterio de que las cuestiones sobre la constitución de la relación jurídico-procesal y el litisconsorcio pasivo deben encuadrarse en el número 3 del art. 1692, (STS 3 de octubre de 1989; 16 de octubre de 1990; 25 de febrero de 1992 y 30 de enero de 1993), de cualquier modo la disminución del rigor formalista operado en la casación a partir de la reforma procesal de 1984 y al tratarse de cuestión planteable de oficio, permitiría conocer de la cuestión suscitada en el motivo, aunque sólo se hubiera utilizado el cauce del número 4 del art. 1692 actual».

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario cuando el pleito se suscita entre titulares de predios y respecto de derechos reales. Concepto de litisconsorcio pasivo necesario.— «La estimación del motivo es indudable, porque la existencia o no de un derecho real de servidumbre afectará exclusivamente a los titulares dominicales de los predios en litigio. Que el dueño del predio sirviente lo haya adquirido en virtud de contrato con un tercero, permitirá en su caso discutir con él si el objeto se le vendió o no libre de cargas, si el predio dominante tenía signos externos de servidumbre de luces y vistas y de desagüe de edificios, y si ello puede repercutir en las relaciones obligacionales e incluso en la existencia del contrato, en virtud del cual el recurrido adquirió el inmueble y hasta será posible pensar si pudo el demandado llamar al proceso al anterior titular de la finca, utilizando la figura procesal de la llamada en garantía, regulada en los arts. 1475, 1482 y concordantes CC.— Lo que no cabe entender, es que el proceso entre los titulares de predios que versa sobre derechos reales (*vid.* sentencia de 18 de marzo de 1994, debe suscitarse también frente a personas distintas de los titulares dominicales.— Es muy reiterada la jurisprudencia, según la cual el litisconsorcio pasivo necesario se da cuando la sentencia que recaiga en el litigio afecte, inexcusablemente, a personas no llamadas al mismo, dando lugar a condena sin ser oídas, afectación que se produce cuando entre las personas exista un nexo tan normal y directo que no pueda emitirse un pronunciamiento sólo respecto de uno, dado el carácter de la relación jurídico-material controvertida que exige resolución uniforme e impide resoluciones separadas, pero tales circunstancias no concurren en el pleito, puesto que se plantea entre propietarios y respecto a derechos reales (*vid.* STS de 5 de diciembre de 1989; 23 de marzo de 1992, etc.)). (STS de 30 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Se plantea en el pleito la declaración de existencia de una servidumbre de luces, vistas y desagüe de edificios pidiendo la actora que su finca sea reconocida como predio dominante y la colindante, propiedad de los demandados, predio sirviente. El título a cuyo amparo se demanda es la existencia de un signo aparente establecido por el que fue propietario de ambas al tiempo de la transmisión, es decir, la llamada constitución del padre de familia (art. 541 CC). Accede

el Juzgado a lo pedido y la Audiencia, que revoca la resolución del Juzgado, deja sin resolver el fondo del asunto por entender que se da un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Recurre en casación la actora y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R.G.S.)

65. Inexistencia legal de la excepción del litisconsorcio activo necesario.— En un contrato de cesión de uso, la entidad mercantil Marina Club de Ceuta, S.A., autoriza para que el cesionario pueda ceder a su vez el uso del local, sin más requisitos que el de la notificación fehaciente de la cesión. Efectuada ésta, y cumplidos los requisitos contractualmente pactados, el nuevo cesionario interpone demanda de juicio de menor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, solicitando entre otros pedimentos, la entrega inmediata por la entidad demandada, Marina Club de Ceuta, S.A., de la posesión de hecho del local.

En esta sentencia se plantea si el segundo cesionario de un contrato de cesión de uso de un local, para exigir la entrega de la posesión de hecho del objeto del contrato al primitivo cedente, debe demandar a las dos partes vinculadas por el contrato inicial, del que el suyo trae causa o, si por el contrario, basta con llamar a juicio al contratante que en el primer contrato prestó su consentimiento a una futura cesión.

El examen de la cuestión es estudiado por el TS desde un doble punto de vista, procesal y material.

Desde un punto de vista procesal, la parte demandada alega la excepción del litisconsorcio activo necesario. Ante esta alegación, la Sentencia recoge reiterada doctrina jurisprudencial en la que el TS tiene declarado que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley, y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario.

La figura del litisconsorcio en sus dos vertientes, activo y pasivo, tiene muy diferente fundamento, y si bien el pasivo necesario, está acogido jurisprudencialmente, e incluso puede ser apreciado de oficio, por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Respecto del litisconsorcio activo necesario, considera el TS que como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa basada en razones jurídico materiales, pero nunca a la excepción del litisconsorcio activo necesario, dado que esta figura no está recogida en nuestro derecho ni legal ni jurisprudencialmente.

Desde un punto de vista material, la cuestión es si el nuevo cesionario está legitimado activamente para exigir el cumplimiento del contrato, frente al cedente primitivo, el TS considera que de acuerdo con los hechos probados, se ha producido una novación del primitivo contrato, y que el consentimiento para esta mutación subjetiva, fue vinculadamente prestado en el contrato inicial, por lo que desde que se efectuó la cesión eficazmente, los efectos obligacionales discurren entre el cedente inicial y el nuevo cesionario, por lo cual está legitimado para exigir la entrega. (STS de 4 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Producida una novación subjetiva por cambio del cesionario del uso de un local, se discute sobre la legitimación para

exigir la entrega de la posesión de hecho, por parte del nuevo cesionario.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero en Segunda Instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla, aprecia la excepción de litisconsorcio activo necesario, entendiendo que el actor debía haber litigado junto con su cedente, parte vinculada por el contrato inicial, excepción del litisconsorcio activo necesario que es desestimada por el Tribunal Supremo. (*M.I.M.P.*)

66. Litisconsorcio pasivo necesario.— Solicitada la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, por la realización de un subarriendo indebido, se alega como motivo del recurso de casación, la infracción de la doctrina relativa al *litisconsorcio pasivo necesario* al no haber sido convocado a juicio el subarrendatario, como interesado en la relación jurídica material que se pretende resolver.

El TS considera que la justificación fundamental del litisconsorcio pasivo necesario, radica en la necesidad de que en el pleito estén presentes todos los interesados en la situación jurídico-material controvertida.

Sin embargo, dado que el cúmulo de posibles afectados en una relación jurídica puede ser muy amplio, matiza esta doctrina, declarando que el círculo de personas que deben ser llamadas en un proceso queda delimitado, en la medida en que se encuentren vinculadas por la relación jurídica material que se discute, y que en el caso de la sentencia se pretende resolver.

Entiende el TS, que los que no fueron parte en el contrato que se pretende resolver, entre ellos el subarrendatario, carecen de interés legítimo para que tengan que ser llamados a juicio.

Principio de contradicción.— Resuelta la cuestión de que no procede aplicar la figura del litisconsorcio pasivo necesario, en la medida que el subarrendatario no es parte en la relación jurídica material que se pretende resolver, y dada la referencia que la parte recurrente hace a la S del TC de 6 de abril de 1988, se considera por el TS que aplicando la doctrina constitucional, no es contrario al principio de contradicción del art. 24 de la Constitución, el que una decisión judicial pueda tener efectos que repercutan en sujetos que no han participado en el proceso, cuando éstos no puedan articular ningún derecho propio frente al arrendador.

El principio constitucional de contradicción no se opone a que una sentencia pronunciada frente al arrendatario, pueda ser oponible y tener efectos indirectos o reflejos también frente al subarrendatario, como consecuencia de que su derecho deriva de un contrato dependiente o derivado de una situación jurídica contractual, siempre que ese subarrendatario haya permanecido legítimamente extraño al procedimiento, y no pudiera alegar ningún derecho propio frente al arrendador.

Se concluye por el TS que dicho art. 24 no resulta aplicable al caso concreto de autos, toda vez que el no identificado subarrendatario o cesionario no podía articular derecho propio alguno frente al arrendador, quien además desconocía su identidad. (**STS de 14 de junio de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.— Se solicita la resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, por la existencia de un subarriendo indebido, por el incumplimiento de la condición tercera del contrato de arrendamiento que estipulaba «el local del piso se destinará por la Sociedad a Instituto de Belleza, quedando prohibida toda cesión, subarriendo, traspaso u hospedaje, salvo licencia expresa y escrita que concediese el arrendador».

Declarada la resolución por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia, se esgrime como motivo de casación, la infracción de la doctrina relativa al «litisconsorcio pasivo necesario», al no haber sido demandado el subarrendatario. (*M.I.M.P.*)

67. Sobre la prueba de confesión.— La prueba de confesión sólo constituye un medio probatorio de rango privilegiado cuando ha sido realizada bajo juramento decisorio. En cualquier caso, el juzgador es libre de apreciarla según su propia convicción.

Sobre la prueba pericial.— La finalidad de la prueba pericial es la de que el juzgador pueda disponer de un conocimiento especializado del que normalmente carece. Por contra, no sirve para la constatación de determinados hechos reales o concretos.

La carga de la prueba en el art. 1214 CC.— Este precepto no persigue regular la valoración de la prueba, sino establecer una distribución de la carga de la misma entre las partes. Desde el punto de vista casacional, sólo puede invocarse su infracción cuando la Sala *a quo* no la ha tenido presente y no existe prueba alguna del hecho en cuestión, de manera tal que es la parte recurrente la que sufre indebidamente las consecuencias de la falta de prueba.

Alcance de la responsabilidad del médico.— La responsabilidad contractual o extracontractual del médico queda neutralizada con la prueba de que proporcionó al paciente todos los cuidados que, de acuerdo con el saber científico, su enfermedad requería; es, por tanto, una obligación de medios. Por otro lado, en este ámbito, no rige una responsabilidad objetiva, por lo que deberá ser el paciente quien deba probar que la actuación médica fue culposa y que la misma fue la causa del daño para cuya reparación se solicita una indemnización. (*STS de 24 de septiembre de 1994*; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrente-demandante reclama una determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios por la muerte de su madre, la cual tuvo lugar a consecuencia de una operación quirúrgica realizada por los recurridos-demandados. Según consta acreditado, tras la operación, que se desarrolló satisfactoriamente y con la aprobación de la víctima, ésta comenzó a padecer un edema agudo de pulmón. Aunque la paciente fue trasladada inmediatamente a un Hospital especializado por acuerdo unánime de los doctores intervinientes en la operación, incluido un hermano de aquélla también doctor, la paciente fallece poco después.

Queda demostrado igualmente que tanto en el preoperatorio, como durante la operación y tras la misma, se practicaron a la víctima todas las pruebas exigibles en caso de operación quirúrgica y todos los cuidados que su estado exigía. De los datos así obtenidos se resolvió la idoneidad de la intervención y la ausencia de riesgos alguno para la

paciente. Además, en todo momento estuvo presente un hermano de ésta, cuya profesión es la de médico.

El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial, así como el TS rechazan las pretensiones de la recurrente-demandante con la argumentación más arriba expuesta. (*J.C.E.L.*)

68. Responsabilidad judicial.— El art. 411 LOPJ debe ser interpretado de acuerdo a los criterios materiales de los arts. 903 y siguientes de la LEC. De tal manera que no basta para determinar la responsabilidad de los jueces y magistrados que en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa (art. 411 LOPJ) sino que es necesario, como señala la Sala, que se haya procedido con infracción manifiesta de la ley o que falte algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, y que dicha actuación se pueda calificar como manifiesta para que sea cohonestable, con la «voluntad negligente o la ignorancia inexcusable» a la que alude el art. 903 LEC.

Abuso en el ejercicio de la jurisdicción.— No cabe alegar el número 1.º del art. 1692 LEC para sustentar el abuso de un Juez o Magistrado en el desempeño de sus actividades, toda vez que el artículo citado se refiere tanto a los límites espaciales de la Jurisdicción española en relación con la extranjera, como a los conflictos con la Administración o la Jurisdicción Militar, o con los órganos jurisdiccionales de distinto orden, o cuando hay un válido sometimiento de la cuestión litigiosa o arbitraje, cuestiones éstas que nada tienen que ver con el abuso en el ejercicio de la jurisdicción que trata este caso. Para determinar si existe o no responsabilidad en la actuación del magistrado, es necesario entrar a conocer la actuación del demandado en el caso concreto, pero sin que ello suponga, como alega la recurrente, conocer de nuevo de la cuestión litigiosa objeto del proceso.

Compensación como medio de extinción de las obligaciones.— Los arts. 1195 y 1196 CC son inaplicables para resolver la cuestión de la responsabilidad judicial, ya que no cumplen el requisito exigido en el art. 1692-4.º LEC para que su infracción pueda ser alegada en casación. (**STS de 23 de septiembre de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.— La actora promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad y responsabilidad civil por hechos relacionados en el desempeño de sus funciones, contra el magistrado J.S.C. La Audiencia desestimó la demanda. Instado el recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (*N.C.L.*)

