

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIX

FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE

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>
<i>En memoria de Juan Roca Juan</i>	1051
Estudios monográficos	
VATTIER FUENZALIDA, Carlos: <i>Las nuevas liberalidades de mecenazgo</i>	1057
AVILÉS GARCÍA, Javier: <i>Evolución de las garantías personales en el Derecho Español</i>	1073
ANDRUET, Armando S.: <i>Crítica filosófica a la teoría del Derecho Comparado</i>	1133
Estudios de Derecho Extranjero	
MOISSET DE ESPANÉS, Luis: <i>IMPREVISIÓN Legislación de América del Sur</i>	1147
LOZANO PINTO, Yineth: <i>La nueva regulación de la adopción en el derecho colombiano</i>	1183
Información Comunitaria	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: <i>Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias</i>	1191

Información Legislativa

A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	1229
---	------

Bibliografía

LIBROS: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: <i>La reparación de los daños al medio ambiente</i> , por Regina Gaya Sicilia.—LÓPEZ DÍAZ, E.: <i>El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina</i> , por José Bonet Correa.—ROVIRA JAÉN, FJ.: <i>El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)</i> , por Lis Paula San Miguel Pradera.—WITZ, Cl.: <i>Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)</i> , por Lis Paula San Miguel Pradera	1243
---	------

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE	1263
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS

A cargo de Encarna ROCA TRÍAS, José Luis BEATO, Marc CAMPO ARAGONÉS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ y Mónica VILASAU SOLANA	1291
---	------

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil

A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE	1319
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Ana María COLÁS ESCANDÓN, M.ª del Rosario DÍAZ ROMERO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Virginia MÚRTULA LAFUENTE	1347
--	------

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
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.

EN MEMORIA

JUAN ROCA JUAN

ANTONIO REVERTE NAVARRO

El profesor Juan Roca Juan ha muerto. Se ha ido para siempre, casi inesperadamente, de pronto.

Para el que suscribe, hacer esta nota recordatorio es muy difícil, pues la objetiva constancia de los datos y de los hechos que permitan dibujar el perfil biográfico del civilista Juan Roca Juan, siempre estará mediatizada por el sentir personal que me impide hacer la necrológica fría y aséptica de los méritos y virtudes que le acompañaban. Es imposible evadirse de los sentimientos de gratitud, reconocimiento y respeto generados por las vivencias y la convivencia de muchos años. Juan Roca no fue proclive a dejar penetrar en su intimidad, lo mismo que él tampoco intentó, en ningún momento cruzar los difusos contornos que delimitan la esfera de la ajena, pero acaso, el transcurso del extenso tiempo de conocimiento (fui alumno suyo a finales de la década de los cincuenta), unido a otras circunstancias, me legitiman para atreverme a incluir entre aquellos sentimientos también el de la amistad.

La historia de la vida de Juan Roca se puede resumir en pocas palabras: fue un universitario. Breves y sencillas palabras que expresan una larga y compleja vida dedicada a la Universidad, de la que hizo motivo de su existencia, que no abandonaría ni en los tiempos del ejercicio profesional de la abogacía, en los años de la postguerra.

Fue Roca Juan un profesor educado en los tradicionales cánones de la vida académica que, no obstante, supo adecuarse al ritmo necesario que impusiera las vigentes normas de la Ley de Reforma Universitaria.

Numerosas generaciones de juristas fueron alumnos suyos, a los que siempre distinguía con exquisita cortesía y trato personal y a las que transmitió sus vastos conocimientos del Derecho civil, con la ayuda de la fuerza de la razón.

Fomentaba la curiosidad, el interés y el trabajo por todos los temas del Derecho civil, incluso por aquellos más áridos. En las clases de Doctorado y en las reuniones del Seminario de Derecho Privado, se trataban y discutían los temas en los que Roca estaba especialmente interesado, eran objeto de tesis doctorales o sobre los que se estaba trabajando en el área de Derecho civil: juego dialéctico de preguntas y respuestas, planteamiento del caso, esbozo del problema, eran la antelata para la búsqueda de las potenciales soluciones. Juan Roca inexorablemente corregía siempre que se incurriera en falta de sistemática, en error o en imprecisión jurídica; siguiendo a De Castro, huía de lo que supusiera «la decadencia de la formación jurídica» y «la desconexión con la doctrina tradicional».

Estos diálogos, alguno de ellos publicado («La reforma del Derecho de Familia», Murcia 1981), han servido para transmitir en los participantes asistentes (profesores, magistrados, registradores, abogados, alumnos...) la convicción de que el Derecho civil hay que ir construyéndolo, que no hay dogmas: una adecuada y fructífera interpretación de la vigente norma jurídica, escrita o no, puede servir tanto para disciplinar aquellos fenómenos que se derivan del dinamismo de la actual realidad económica y social, como para acomodar los presupuestos de hecho de las viejas normas a la realidad social del tiempo presente. La duda científica, el afán por superar construcciones jurídicas tradicionales, por abordar nuevos temas, en suma, por saber más y mejor no cayeron en terreno baldío. Lo dicho se constata en el número de matrículas de tercer ciclo, en las tesis doctorales leídas (o en vías de serlo) y en los profesores que se ubican en lo que hoy día se llama «área de Derecho civil» de la Universidad de Murcia.

A Juan Roca se le podía encontrar siempre en su despacho de la Facultad, sin que por ello pudiera ser calificado de ser un profesor rutinario. En su cita semanal de las clases de doctorado y de las «sesiones clínicas» del Seminario, dejaba evidencia de su sólido razonamiento jurídico; no faltaría a estas reuniones a pesar de que en los últimos tiempos se debilitó su autonomía de desplazamiento, siempre contó con el auxilio de sus familiares y de los profesores del Departamento. Una semana antes de su inesperada muerte, en el despacho de su casa, el profesor José Antonio Cobacho y yo, tuvimos la suerte de conversar de temas jurídicos, del artículo 1107 del Código civil sobre el que estaba trabajando, del programa de doctorado para el próximo bienio 1996-98 y nos deleitó con las reflexiones escritas que iba a mandar al Decano con motivo de la rehabilitación del viejo edificio de la Facultad de Derecho, donde transcurriría su vida de estudiante y, más adelante, de profesor de alumnos.

La cronología de los hechos biográficos mas significativos del fallecido profesor de ascendencia murciana, se podría resumir así. Nació en el año 1919, cursó brillantemente sus estudios de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, en la que tras la guerra civil, en 1942, se incorporaría a la docencia al ser designado profesor Ayudante de la cátedra de Derecho civil desempeñada por el profesor Batlle Vázquez, bajo cuyo magisterio y orientación prosiguió en el estudio del Derecho civil. Dos años después, en 1944, elaboró y presentó su tesis doctoral en la Universidad de Madrid (en aquellos tiempos solo Madrid estaba habilitada para ello), obteniendo la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*. En los años 1945 y 1947 fue nombrado profesor Auxiliar Temporal y profesor Adjunto, respectivamente. En el 1963 obtuvo, por oposición, la cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, en la que permanecería, a pesar de haber tenido varias ocasiones de regresar a la Península, hasta que el 23 de enero de 1976, por concurso, accede a la Universidad de Murcia, de la que sería Director de Departamento hasta su jubilación administrativa, y desde ese momento, 1 de octubre de 1986, hasta su muerte (19 de junio de 1996), fue, con todo merecimiento, Profesor Emérito de Derecho civil. Por derecho propio consiguió en vida la satisfacción de que la Universidad de Murcia publicase, con motivo de su jubilación, un excelente Libro-Homenaje, que tuvo el honor de prologar, en el que participaron prestigiosas firmas de civilistas y de todos aquellos que fueron sus discípulos.

No quiero dejar de constatar otra faceta del profesor Roca Juan: la del libre ejercicio profesional de la abogacía. En dicho ejercicio se inició, como él decía, para poder mantener a su familia. No fue, por tanto, una decisión voluntariamente querida, sino una exigencia derivada de la despreocupación y desconsideración que la Administración Publica de aquellos años mostraba hacia el profesorado universitario. Llegó a tener un prestigioso bufete y defendió las causas con la misma dedicación, preparación y altura científicas que pusiera en la docencia que compatilizaba. Dejó la noble y vieja profesión de defender en lo contencioso, cuando obtuvo la cátedra, para integrarse plenamente a la docencia y a la investigación.

Sus trabajos científicos tanto valen por lo que enseñan, como por lo que sugieren; sus sugerencias, lo que el llamaba irónicamente «los cohetes jurídicos», te obligan a pensar, a discurrir dialogando, a aceptar o no, rebatiendo, en su caso, las posiciones del contrario..., en suma, a no permanecer indiferente y pasivo. Son estudios que, abarcando las más variadas facetas, se hacen imprescindibles en el acervo jurídico civil. Destacaría de entre sus artículos, monografías y libros:

«El depósito y la garantía real inmobiliaria (notas para un concepto genérico del depósito)» (Murcia, 1946). «El contrato de exposición» (Murcia, 1948). «Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria (notas sobre la determinación al arbitrio de un terce-

ro)» (Murcia, 1952). Traducción y notas de Derecho español del libro de A. Montel «Problemi della responsabilità e il -danno». «La renuncia liberatoria del comunero» (ADC 1957). «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial» (ADC 1959). «Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor» (ADC 1968). «Sobre la nueva adopción» (La Laguna, 1971). «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos» (La Laguna, 1971). «Imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida: La cesión de acciones contra tercero» (Madrid, 1976). «Notas sobre la colación» (Murcia, 1980). «De las servidumbres», «Del deslinde y amojonamiento», «Del derecho a cerrar las fincas rústicas» y «De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse» y «Del depósito» (Comentarios Edersa). «Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el art. 62 de la Ley del Suelo» (Madrid, 1978). «Propiedad y uso de las aguas» (Murcia, 1984).

Para su ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia (1985), eligió el tema: «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)».

Los civilistas, como hace Roca en esta última monografía, debemos seguir reivindicando el estudio de aquellos temas donde lo individual y privado se difumina con lo colectivo y social: los llamados derechos del hombre, las llamadas propiedades rústica, urbana, los llamados derechos de exclusión sobre bienes inmateriales... . El medio ambiente forma parte de estos temas «híbridos», y la doctrina atribuye su tutela jurídica a los poderes públicos, acaso por la dificultad de comprender que «cada propietario tutelara su propio medio ambiente». Juan Roca aborda el tema de la titularidad y la legitimación para obtener la tutela preventiva y privada de los llamados «intereses difusos», y le permite sostener que la lesión de un bien, a efectos indemnizatorios, no ha de coincidir necesariamente con la lesión de un derecho subjetivo, siempre que la acción perjudique un «interés legítimo» que no goce de una «especial prerrogativa jurídica», según la terminología jurisprudencial.

La defensa de la persona humana, considerada en sí misma, y sus imprescindibles relaciones sociales, y el obligado respeto a la misma que imponen los principios intrínsecos del Derecho civil, ha sido otra constante en la investigación y en la docencia de la disciplina que profesó durante toda su vida. No fueron ajenos a esta acertada vocación y línea de trabajo, la influencia de los profesores De Castro, Batlle y Cossio, como expresamente reconoce el propio Roca.

Sin duda esta influencia marcaría su vocación de jurista que no pone límites al conocimiento de las construcciones y las orientaciones de los autores y doctrina modernas, pero matizadas por el sedimento que le proporcionaba la fructífera lectura de los clásicos civilistas españoles y de los exégetas franceses.

La combinación de las posiciones clásicas y de las modernas tendencias doctrinales contribuyó a su sólida formación teórica y, a la vez, práctica, lo que nunca le haría perder de vista la vital realidad personal sobre la que el Derecho civil incide.

Estoy seguro que todos sentimos el dolor de su muerte. Sobre todo aquellos que nos encontrábamos más directamente cercanos en el espacio y en los afectos, pero debe reconfortarnos el hecho de que siempre sobrevivirá en sus familiares, en sus amigos y en sus discípulos. Como dije al comenzar esta nota necrológica, quiero manifestar mi reconocimiento y mi agradecimiento al fallecido profesor Juan Roca Juan, lo que no es óbice para que siga teniendo presente en el recuerdo a otros maestros que le precedieron y nos abandonaron para siempre, y que por las circunstancias de la naturaleza, el azar o la vocación, también nos ayudaron a caminar por la senda de la Justicia y de la ley. De bien nacidos es ser agradecido y yo no quisiera olvidar esto jamás.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Las nuevas liberalidades de mecenazgo (*)

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. La evolución y la actualidad del mecenazgo. 2. Las fuentes y los supuestos legales. 3. La constitución de entidades sin finalidad lucrativa, en particular de fundaciones. 4. Las donaciones a favor de ciertas entidades no lucrativas. 5. La adquisición de obras de arte para oferta de donación. 6. El convenio de colaboración o patrocinio empresarial. 7. La liberalidad y las ventajas del mecenas.

LA EVOLUCIÓN Y LA ACTUALIDAD DEL MECENAZGO

Como es bien sabido, el mecenazgo es una figura muy antigua que en los últimos años ha cobrado una gran importancia y actualidad. Sus orígenes se remontan al siglo I d.C., en que destaca la gran labor que realizada por Cayo Cilnio MECENAS a favor del Emperador Augusto, quien, como militar, diplomático y prefecto de la policía, supo utilizar la cultura y la promoción del arte como instrumento de poder, constituyéndose, como dice A. GOBIN (*Le mécénat. Histoire-Droit-Fiscalité*, París, 1987, p. 21), en una especie de ministro de propaganda del Imperio.

Según pone de relieve el mismo autor, es en el Renacimiento cuando el mecenazgo alcanza su máximo esplendor, aunque decae más tarde hasta resurgir en nuestros días. En efecto, recuerda M. BIANCA, en el mismo sentido, que el Descubrimiento de América se pudo realizar gracias al mecenazgo de la Reina Isabel la Católica a Cristóbal Colón (*I contratti di sponsorizzazione*, Rímimi, 1990, p. 15), y se sabe que los Príncipes italianos construyeron palacios, iglesias, museos y bibliotecas, además de la pintura, la escultura y la música, para transmitir, en ocasiones de forma calculada, la imagen de poder y de riqueza. En la

(*) Trabajo entregado a mediados de 1995.

Edad Moderna esta tradición fue continuada por la Monarquía y, desde el siglo pasado, por el Estado, con lo que el mecenazgo pasa a depender de los siempre escasos fondos públicos y a quedar subordinado a un segundo plano ante otros gastos prioritarios desde el punto de vista de los intereses públicos (A. GOBIN, *op. cit.*, p. 24 y ss.).

Hoy en día, el mecenazgo adquiere un nuevo protagonismo por multitud de causas que, a juicio de A. SÁENZ DE MIERA, van desde la crisis del Estado del Bienestar, hasta la aparición incesante de nuevos fines de interés general que el Estado —sobre todo el Estado pequeño del neo-liberalismo— no puede atender directamente. A esto se une, por otra parte, el desarrollo económico que confiere una mayor presencia a la sociedad civil en los asuntos públicos, la cual se articula en las más variadas ONGs, que exigen tutela pública y ayuda económica para alcanzar sus fines (*Las fundaciones como instituciones sociales. El mecenazgo*, en *Presente y futuro de las fundaciones*, coord. por R. De Lorenzo y M.A. Cabra de Luna, Madrid, 1990, p. 59 y ss.).

Desde otro punto de vista, el descubrimiento por los especialistas en *marketing* de la publicidad indirecta, que es acaso tan eficaz como la publicidad directa de un producto, una empresa o una marca, confiere también un nuevo papel al mecenazgo en la política comercial de las empresas. Es indirecta, en este sentido, la publicidad que se obtiene con el patrocinio privado de obras benéficas, culturales, deportivas, protección del patrimonio histórico u otras de interés general (*Vid.* L. CORREDOIRA Y ALFONSO, *El patrocinio. Su régimen jurídico en España y en la C.E.E.*, Barcelona, 1991, p. 40 y ss., y V. ZENO-ZENCOVICH y F. ASSUMA, *Publicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, p. 101 y ss.). «De forma global —ha escrito L. DIEZ PICAZO—, se trata de romper la imagen de un capitalismo duro y sin escrúpulos que de no relacionarse directamente con formas de publicidad difusa serían perfectamente benéficas» (*El contrato de sponsorización*, en *ADC*. 1994, p. 7). Incluso existen asociaciones, como la Asociación Española para el Desarrollo del Mecenazgo Empresarial, así como empresas, cuyo objeto es el mecenazgo o la esponsorización, las cuales operan también a nivel europeo, como la empresa que se denomina Sponcom (C. WOLTON, *Desarrollo del mecenazgo europeo: SPONCOM*, en *Fundaciones y mecenazgo en el Estado del Bienestar*, Temas de fundaciones, n.º 11, Madrid, 1988, p. 47 y ss.).

En suma, debido a este conjunto de factores, el mecenazgo viene a significar, hoy por hoy, una nueva modalidad de «privatización» de funciones públicas, que el Estado protege, a la vez que controla, mediante la concesión de determinados beneficios tributarios a quienes colaboran económicamente en ciertos y determinados actos o actividades de interés general.

Dada esta compleja fenomenología, no debe extrañarnos que, desde el punto de vista jurídico —y jurídico-privado, que es el que nos interesa aquí— existan distintos medios o instrumentos técnicos que

permiten alcanzar la finalidad altruista perseguida por el mecenazgo; por eso, tras mencionar las diversas posibilidades que ofrece el ordenamiento, vamos a estudiar las fuentes y los supuestos legales que son propios del mismo, para centrarnos luego en aquéllos que comportan una liberalidad o una donación.

2. LAS FUENTES Y LOS SUPUESTOS LEGALES

En efecto, dada la antigüedad de la figura, es de notar que caben diversos cauces a través de los cuales se puede articular el mecenazgo. Junto a las clásicas liberalidades *inter vivos* —como las donaciones— están los distintos mecanismos testamentarios —como los legados o las sustituciones fideicomisarias—; unas y otros convergen, como es bien sabido, en la constitución de fundaciones, a las que se deben añadir las asociaciones regidas todavía por la preconstitucional Ley 191/1964, de 24 de diciembre (LA). Además de estas figuras caracterizadas por la nota de gratuidad, hay otras que, por otra parte, tienen un marcado carácter oneroso; es el caso, entre otros, del contrato atípico de encargo de obra intelectual y los contratos que se han regulado recientemente la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (LPI) —que en su corta vigencia ha sufrido ya varias reformas—, como los contratos de edición, de representación teatral y ejecución musical o de producción o transformación de obra audiovisual (*Vid.* nuestro trabajo *La propiedad intelectual (Estudio sistemático de la Ley 22/1987)*, en *ADC.* 1993, p. 1090-1096). A estos contratos se une, en fin, el contrato de patrocinio publicitario contemplado, aunque no regulado, por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP).

Pese a este verdadero arsenal de instrumentos jurídicos, faltaba un régimen específico del mecenazgo que, según la feliz expresión de D. Ignacio SERRANO Y SERRANO (*Régimen de comarcas y fincas mejorables. Estudio de la ley de 21 de julio de 1971*, en *Jornadas ítalo-españolas de Derecho agrario*, Valladolid, 1976, p. 28), desencadenara el quehacer interesado de los particulares; un régimen que, en concreto, lo hiciera económica y fiscalmente atractivo a los empresarios, y tal es la *ratio* de la nueva regulación del mecenazgo.

En efecto, una primera manifestación en este sentido es la Resolución del Consejo de Ministros de Cultura de la CEE, de 13 de noviembre de 1986, según la cual el patrocinio empresarial de actividades culturales constituye una buena combinación de recursos públicos y privados que beneficia a ambas partes (*Vid.* F. CÁNOVAS SÁNCHEZ, *Patrocinio y mecenazgo en el horizonte europeo de los 90*, en *Las fundaciones y la sociedad civil*, coord. por F. De Lorenzo y M.A. Cabra de Luná, Madrid, 1992, p. 241 y ss.). Al año siguiente se promulga en Francia la Ley 571, de 23 de julio de 1987, reformada en 1990, sobre el desarrollo del mecenazgo (*Vid.* *Les fondations un mécénat pour no-*

tre temps?, coord. por Ch. Debbasch, Aix-Marseille, 1987), que nuestro legislador parece haber tenido en cuenta.

Por su parte, en España, en el año 1988, se promulga la Ley 12/1988, de 5 de mayo, que establece incentivos fiscales para la Expo 92, el V Centenario del Descubrimiento de América y los Juegos Olímpicos de 1992, en la que también se ha inspirado el legislador, al menos, en sus aspectos fiscales. Tras varias Propositiones de Ley, que no prosperaron, en la pasada Legislatura de las Cortes se presentó un Proyecto de Ley que no llegó a ser discutido al no ser defendido por el Ministro de Economía y Hacienda; en la presente Legislatura, dicho Proyecto se ha integrado con el de fundaciones y ha pasado a ser el Título II de la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, Ley que se puede denominar, de forma abreviada, de fundaciones y mecenazgo (LFM). Así, pues, se ha impuesto aquí el modelo francés, pese a la opinión discrepante de algún autor, como J.L. PIÑAR MANAS (*Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro*, en *Las fundaciones y la sociedad civil*, cit., p. 208-209), con lo que se ha duplicado casi el régimen de las fundaciones, al tiempo que se las ha encuadrado en el contexto más amplio del mecenazgo.

Es el mencionado Título II de la LFM el que nos interesa aquí, pues, entre otros supuestos de mecenazgo, contempla diversas liberalidades que, a falta de un régimen propio, se deben reconducir, en último término, al esquema básico de las donaciones. Sólo que nos encontramos con una disciplina sumamente innovadora que, no sólo modifica el régimen de la forma de la donación de bienes muebles, sino que admite la obligación de donar o la donación obligatoria, confiere cierta eficacia real a la promesa de donación e incide, por ello, en la discutida naturaleza jurídica de la donación.

La relevancia de la nueva disciplina se aprecia, en efecto, si la contrastamos con esta última cuestión. Recordemos, muy brevemente, que la doctrina está dividida al respecto y que mantiene tres posturas diferentes. Para la primera postura, la donación es sólo un modo de adquirir el dominio, que transmite la propiedad inmediatamente una vez expresado el consentimiento en la forma apropiada y cuyo efecto traslativo puede diferirse únicamente por un plazo o una condición pendientes; por consiguiente, no tiene cabida en nuestro Derecho, ni la promesa de donación, ni la donación obligatoria. Esta postura la mantiene, por ejemplo, L. DíEZ-PICAZO últimamente (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 4.^a ed. 1993, p. 313), y la ha acogido la vieja STS. de 6 de junio de 1908, que se ha reiterado por la de 22 de junio de 1962.

La segunda postura, sin negar lo anterior, admite, además, la donación obligatoria u obligacional, que surge del contrato de donación y en virtud del cual el futuro donante contrae la obligación de dar la cosa objeto de la donación, contrato que tampoco se equipara a la promesa

de donación; de acuerdo con esto, la transmisión operaría, igual que en la compraventa, por la entrega o tradición de la cosa donada. Esta postura, que ha defendido M. ALBAJADEJO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII-2, dir. por el mismo, Madrid, 1986, p. 7 y ss., y *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, p. 1572 y ss.), concita los mayores apoyos de la doctrina y la jurisprudencia (*Vid.* E. ROCA I TRÍAS, en *Derecho de Obligaciones y Contratos*, coord. por R. Valpuesta, Valencia, 1994, p. 595, y J. RAMS ALBESA, en J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.* *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 3.^a ed. 1995, p. 91-93).

Por último, J. L. DE LOS MOZOS estima que cabe el contrato de donación, pero no la obligación de donar, así como también la promesa unilateral de donación (*La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica*, ahora en *Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 333 y ss., y *En torno a la eficacia jurídica de la promesa*, en *Academia Sevillana del Notariado*, V, Madrid, 1991, p. 151-156)

Hecho este breve recordatorio, podemos examinar las nuevas liberalidades de mecenazgo. Aparte de otros supuestos que contempla la LFM, están próximas a la donación las hipótesis siguientes: (a) la constitución de entidades sin finalidad lucrativa, en particular de fundaciones; (b) las donaciones a favor de ciertas entidades no lucrativas; (c) la adquisición de obras de arte para oferta de donación, y (d) el convenio de colaboración o patrocinio empresarial. En efecto, los llamados programas prioritarios de mecenazgo dependen de fondos públicos (art. 67 LFM) y responden, por ello, a una problemática diferente; algo semejante ocurre con la prestación directa de determinados servicios culturales (art. 70 LFM), ya que supone un contrato bilateral y oneroso entre las partes contratantes. Veamos, pues, los genuinos supuestos que nos interesan.

3. LA CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES SIN FINALIDAD LUCRATIVA, EN PARTICULAR DE FUNDACIONES

El primero de estos supuestos es la constitución de entidades sin fin de lucro, dado que están exentas del impuesto sobre sociedades y de los tributos locales (arts. 48 y 58 LFM). Estas entidades, como todas las personas jurídicas que carecen de fin lucrativo, erróneamente o no (*Vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, *Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código civil)*, en *ADC*. 1993, p. 5 y ss.), pueden ser del tipo fundación y del tipo asociación.

En cuanto al tipo fundación, se trata de las fundaciones inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia e Interior, que reúnan los requisitos especiales del Título II de la LFM (art. 41 LFM), los cuales coinciden, con pequeñas variaciones de expresión, con los requisitos

generales establecidos en el Título I, que son comunes a todas las fundaciones. Aparte de la norma relativa al domicilio fiscal (art. 45 LFM), la principal diferencia se refiere a las actividades económicas que puede realizar la fundación. Es sabido que la fundación, con carácter general, está habilitada para llevar a cabo actividades de esta índole, pero no puede participar en las sociedades personalistas, sino que debe proceder a la transformación de las mismas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en las que puede tener incluso una participación mayoritaria (art. 22 LFM). Pues bien, para someterse al régimen especial, la fundación debe acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda que estas participaciones coadyuvan al mejor cumplimiento de los fines fundacionales y que no vulneran la finalidad no lucrativa; en caso contrario, el Ministerio puede denegar de forma motivada la aplicación del régimen especial (art. 42.1.c LFM). Lo que no impide, en opinión de A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, que la fundación ejerza actividades económicas no coincidentes con su finalidad, siempre que no constituyan su actividad principal (*La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, p. 135); y ello, sin perjuicio de que la fundación pueda adaptarse a las exigencias del Ministerio, con lo que esta diferencia, en rigor, desaparece. El régimen especial, en fin, se aplica a toda clase de fundaciones, en particular a las fundaciones constituidas por las comunidades religiosas (D.a. 3.a LFM) y a las extranjeras respecto de su delegación en España (D.a. 16.a LFM), así como a las confesiones religiosas reconocidas (D.a. 5.a LFM), la Cruz Roja y la ONCE (D.a. 4.ª LFM).

Consecuencia de esto, es que la constitución de tales fundaciones puede hacerse por acto *inter vivos* o por testamento; en el primer caso —que es el único que nos interesa aquí—, se realiza mediante escritura pública (art. 7.1 y 2 LFM), en la que debe figurar, entre otros extremos, «la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación» (art. 8.c LFM). La dotación puede consistir, por regla general, en bienes y derechos de cualquier clase, siempre que sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines (art. 10.1 LFM); si consiste en dinero, su cuantía se fija en pesetas, en tanto que, si consiste en otros bienes, su valor se ha de cuantificar y expresar también en dinero, y en ambos casos se debe acreditar ante el Notario la realidad de las aportaciones (art. 10.3 LFM).

Como es sabido, el nuevo régimen mantiene el discutible criterio de la inscripción constitutiva, de manera que sólo pueden existir legalmente las fundaciones inscritas, que adquieren la personalidad jurídica desde la inscripción en el Registro de Fundaciones y son las únicas autorizadas para utilizar la denominación de fundación (art. 3 LFM). Por eso, pendiente la inscripción, los futuros patronos pueden realizar los actos conducentes a la obtención de la misma, además de los actos urgentes, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando obtenga la personalidad jurídica; entretanto, «la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no al-

canzando éste, responderán solidariamente los (futuros) patronos» (art. 11 LFM).

Es claro, pues, que estamos ante un acto de liberalidad o beneficencia. Se trata, en efecto, una declaración unilateral de voluntad del fundador, de carácter gratuito, cuya causa es la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC) y cuyo régimen es el de la donación (art. 618 CC). Pero hay, al menos, dos diferencias importantes que conviene destacar, ya que se derivan de ellas consecuencias sustanciales; diferencias que se refieren tanto al requisito de aceptación de la donación como a la eficacia traslativa de la misma.

Por una parte, la constitución de la fundación no requiere aceptación sino que, como acabamos de ver, adquiere retroactiva y automáticamente los bienes que forman la dotación, junto con la asunción de los actos realizados por los futuros patronos, una vez practicada la inscripción. Esto no quiere decir, sin embargo, que durante el intervalo entre la escritura y la inscripción no se haya perfeccionado el acto de constitución, como da a entender el art. 623 CC, sino que este acto, a diferencia de la donación, es un acto unilateral no recepticio. De acuerdo con la interpretación más probable del citado precepto (*Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación, en RDP. 1964, p. 275 y ss.*), la donación desde la aceptación es irrevocable; pero en nuestro caso, no cabe la revocación, aún antes de la inscripción, no sólo porque la aceptación no es aquí necesaria, sino porque otorgada la escritura de constitución el acto se ha perfeccionado y consumado por la declaración de voluntad del fundador.

En otras palabras, otorgada la escritura, se ha agotado ya el poder de disposición del fundador para volverse atrás, puesto que el acto de constitución se ha perfeccionado por el solo hecho de emitir su voluntad en la forma legalmente prevista. Si esta reconstrucción es correcta, significa que el acto constitutivo de una fundación equivale a una promesa unilateral de donación de la que surge la obligación unilateral, también, que incumbe al fundador, de transmitir la titularidad a la futura fundación de los bienes y derechos que componen la dotación, mediante la entrega solemne de los mismos (arts. 632 y 633 CC).

Por otra parte, la segunda diferencia que hemos anunciado se refiere a que la adquisición por la fundación de tales bienes y derechos está diferida, asimismo, al momento de la inscripción. No puede tener lugar antes, ya que no ostenta personalidad jurídica; pero esto no quiere decir que el acto constitutivo de la fundación carezca de toda eficacia real. Por el contrario, la promesa de donación produce aquí un patrimonio especial y separado dentro de la masa de bienes y derechos perteneciente al fundador, el cual se halla adscrito o destinado por su voluntad a la futura fundación. Aunque no es bastante para provocar la adquisición por la fundación, todavía no inscrita, tiene, sin embargo, el

efecto negativo de incomunicar los bienes que forman parte de la dotación respecto de los restantes bienes del fundador.

Prueba de ello es que el patrimonio fundacional, como hemos visto, responde de forma directa y preferente ante los terceros por las deudas contraídas por los futuros patronos, dado que la responsabilidad de éstos, aunque solidaria, es meramente subsidiaria. Hay aquí, pues, un verdadero *ius ad rem* a favor de la futura fundación, con arreglo a la concepción clásica de esta figura que ha recordado y recuperado J.L. DE LOS MOZOS recientemente (*El Derecho de los bienes en el Código civil*, ahora en *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, p. 22-24); tal *ius ad rem* impide al fundador disponer de los bienes integrados en la dotación, al tiempo que habilita a los patronos para exigir al mismo, en nombre de la futura fundación, los gastos de conservación conforme a la diligencia media (art. 1094 CC), los frutos y rentas desde la escritura de constitución, y, tras la inscripción, la entrega de los bienes que componen la dotación (art. 1095 CC). Los patronos pueden contar, en esta fase intermedia, con el asesoramiento y apoyo del respectivo Protectorado (art. 32.1.ª LFM).

Así, pues, los dos rasgos que distinguen al acto constitutivo de una fundación conducen al mismo resultado, y es que dicho acto, una vez perfeccionado por la escritura pública, crea una situación jurídica subjetiva nueva que es inmodificable por el fundador y que le vincula a la futura fundación a la vez que es oponible, activa y pasivamente, frente a terceros. Aunque esta situación se parece a un derecho real, no puede considerarse así, pues, al recaer sobre bienes propios del fundador, no tiene cabida un auténtico derecho subjetivo; se trata más bien de una de aquellas situaciones jurídicas secundarias que F. DE CASTRO calificaba como interina y, en concreto, una situación jurídica de pendencia (*Derecho Civil de España*, I, reed. Madrid, 1984, p. 613). Su función es semejante a la antigua *insinuatio* de las donaciones, pues anuncia a los acreedores y a otros interesados —como los legitimados para pedir la declaración de prodigalidad (art. 294 CC)— que los bienes del fundador están en trance de disminución y que la separación de patrimonios y responsabilidades se ha producido por el acto de constitución.

Por lo que atañe al tipo asociación, es menos problemático y más restringido que el tipo anterior pues abarca solamente a las asociaciones declaradas de utilidad pública por el Ministerio de Justicia e Interior (art. 41 LFM). Merecen esta declaración aquellas asociaciones ya constituidas, según las disposiciones generales de la LA, para alcanzar cualquier fin no lucrativo y de interés general, que, entre otros requisitos, cuenten con medios suficientes, tengan dos años de antigüedad y estén abiertas a todo beneficiario, asociado o no, en que concurren las circunstancias determinadas por el fin (D.a. 13.ª LFM). En particular, el régimen especial es aplicable a las federaciones de asociaciones de utilidad pública (D.a. 15.ª LFM), a las asocia-

ciones deportivas (D.a. 17.^a LFM) y sus federaciones y al Comité Olímpico Español (D.a. 12.^a LFM).

Dada la falta de finalidad lucrativa que es propia de estas asociaciones, las aportaciones hechas a su favor constituyen auténticas donaciones. Lo que debe entenderse así, como veremos, tanto si se trata de las aportaciones iniciales efectuadas al momento de la constitución, como de las que tengan lugar en un momento ulterior, y lo mismo sean las cuotas periódicas que aportaciones ocasionales. La única particularidad de estas donaciones es que son donaciones onerosas con carga, gravamen o modo; por eso, según su importe, en relación con el valor de la carga, se rigen por las reglas generales de la donación o, en su caso, de los contratos (arts. 619 y 622 CC).

4. LAS DONACIONES A FAVOR DE CIERTAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

Así lo ha entendido la LFM, con razón, al contemplar las que llama aportaciones a favor de entidades sin finalidad lucrativa, las cuales se traducen en determinadas donaciones efectuadas a favor de las mismas. Mientras el donante puede ser cualquier persona física o jurídica que esté sujeta al impuesto sobre la renta o al impuesto sobre sociedades, el donatario ha de ser, en cambio, una de las entidades mencionadas en el supuesto anterior (arts. 59-I y 63.1 LFM), a las que hay que añadir el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales; las Universidades y Centros públicos de investigación, así como los Colegios mayores; el Instituto de España, las Reales Academias y los organismos nacionales y autonómicos de teatro, música, conservación de la naturaleza, y de prevención y atención de minusválidas (d.a. 6.^a LFM).

El objeto de la donación puede ser de índole diversa. Por una parte, se trata de bienes integrantes del patrimonio histórico español, lo mismo por estar inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural que en el Inventario General de Bienes Muebles no declarados de interés cultural, o bien de obras de arte de calidad garantizada oficialmente —mediante informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del Ministerio de Cultura (art. 60.1 LFM)—, siempre que se hagan a favor de entidades museísticas o de difusión artística y que se obliguen a la exposición pública de las mismas (arts. 59-I.1 y 63.1.^a LFM).

Es de señalar que esta donación debe encuadrarse, además, en las normas sobre protección y tráfico de bienes muebles e inmuebles, que establece la Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español (LPHE). De aquí que el mencionado deber de exposición venga a reiterar, un tanto inútilmente, la misma obligación ya establecida, lo mismo para bienes muebles e inmuebles declarados de interés cultural

(art. 13.2 LPHE), que para los muebles que figuren en el Inventario (art. 26.5.b LPHE). Puesto que se trata de una enajenación a título gratuito, de una u otra clase de bienes, parece que no caben los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración competente (art. 38 LPHE). En fin, en el caso de las fundaciones extranjeras con delegación en España (art. 5 LFM), si la donación se hace a favor de esta última, no hay exportación porque el objeto no ha salido físicamente del territorio español (art. 5.1 LPHE), pero la ulterior transmisión a la sede matriz, requiere la autorización administrativa previa y el pago de la correspondiente tasa (art. 30 LPHE).

Por otro lado, la donación puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles que formen parte del capital de la entidad donataria, o se utilicen en la realización de actividades para alcanzar sus fines, o se destinen a la conservación o restauración de bienes del patrimonio histórico español inscritos en los mencionados Registro o Inventario (Arts. 59-I.2 y 3 y 63.1.b y c LFM). En el caso particular de las asociaciones, las cuotas de afiliación, como decíamos, se consideran como donaciones, siempre que no se correspondan con una prestación de servicios a favor del asociado (art. 59-II LFM).

Ahora bien, es la entidad donataria la que debe justificar la donación mediante una certificación otorgada por ella misma en la que debe constar, entre otros aspectos, el documento público o auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no sea dinero, la destinación del mismo y el carácter irrevocable de la donación (art. 66 LFM).

Varias son las consideraciones que hay que hacer sobre el régimen de estas especiales donaciones. Por un lado, aunque se califican como donaciones puras y simples (arts. 59-I y 63.1 LFM), es claro que estamos ante una nueva hipótesis de donaciones onerosas con carga, gravamen o modo, puesto que la entidad donataria está obligada a darles el destino predispuesto por el donante o, en su defecto, el que se acomode a los fines generales propios de la misma.

Por otro lado, la LFM incide en el régimen general de la forma solemne de la donación, y lo modifica en lo que concierne a los bienes muebles. Como es sabido, la donación de inmuebles exige escritura pública en la que se deben expresar los bienes donados y el valor de las cargas (art. 633 CC), lo que mantiene implícitamente la LFM; y la donación de cosas muebles puede ser verbal o manual por ser simultánea a la entrega, o bien puede hacerse por escrito (art. 632 CC), cualquier escrito, incluso en documento privado. Esto es lo que mantiene la LFM, también, sólo para el dinero, pero no para los demás bienes muebles, al exigir que la donación conste siempre en documento público o auténtico (art. 66-I.3 LFM)

Por último, como ha observado A. MARTÍNEZ LAFUENTE, parece que la mención expresa del carácter irrevocable de la donación, que debe figurar en la certificación otorgada por la donataria (art. 66-I.5 LFM), no es bastante, en cambio, para modificar el Dere-

cho común (*Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Pamplona, 1995, p. 169-170), al que hay que entender que, a diferencia del caso anterior, la LFM aquí se remite. Por consiguiente, esta donación será revocable por incumplimiento de la carga o destino del objeto donado (art. 647-I CC); y cuando el donante sea persona física, se podrá revocar por supervivencia o superveniencia de hijos (art. 644 CC). Por el contrario, sólo pueden ser irrevocables las donaciones hechas por personas jurídicas. Buena prueba de que esto debe entenderse así, es que la propia LFM dispone que, en caso de revocación, deben devolverse a Hacienda los beneficios tributarios con los intereses de demora (art. 66-II LFM).

5. LA ADQUISICIÓN DE OBRAS DE ARTE PARA OFERTA DE DONACIÓN

Sumamente original es, por su parte, la nueva figura de la adquisición de obras de arte para oferta de donación, puesto que consagra el caso quizá único en nuestro Derecho de una donación no transmisiva o meramente obligacional, y por eso incide directamente, a diferencia del acto constitutivo de una fundación, en la naturaleza jurídica de la donación. Se trata de un supuesto complejo y de formación progresiva que se despliega en estos tres momentos, a saber: el momento de la adquisición de la obra de arte; el momento de la oferta y aceptación de la donación, y el momento de la entrega o transmisión a favor de la donataria.

En este caso, el adquirente puede ser una persona jurídica sujeta al impuesto sobre sociedades o un empresario o profesional acogido al régimen de estimación directa en el impuesto sobre la renta. El destinatario ha de ser alguna de las entidades públicas o privadas que pueden ser donatarias, que ya conocemos, salvo las confesiones religiosas, la Cruz Roja y la ONCE (art.69.1-I LFM). El objeto debe ser una obra de arte en el sentido de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido (art. 69-III LFM), es decir, los dibujos y pinturas hechos a mano, las litografías y grabados firmados y numerados, y las estatuas y esculturas originales (art.20.1.27 LIVA). La obra debe ser calificada y tasada por la Junta de Valoración del Ministerio de Cultura (art. 69.1-II.a LFM). Aunque nada se dice, es aconsejable que contrato se haga, al menos, por escrito.

En el primer momento, tenemos la adquisición por compra de la obra por el futuro donante. A. MARTÍNEZ LAFUENTE piensa, con razón, que vale cualquier título oneroso, como la permuta o la adjudicación en pago de deudas (*Op. cit.*, p. 191); pero hay que excluir la adquisición a título gratuito, pues desaparece el gasto que justifica el beneficio fiscal conferido al adquirente (art. 69.2 LFM). La futura donación es un elemento esencial de la adquisición, que puede articularse como causa de la misma, o como una condición resolutoria expresa, de

manera que su incumplimiento la deja sin efecto. Estamos, pues, ante un contrato mixto que une, por un lado, la compraventa u otro título oneroso y, por el otro, la futura donación, cuya ineficacia se comunica a la adquisición.

Es de notar, por otra parte, que esta adquisición puede ser relevante a los efectos del patrimonio histórico español y de los derechos de los autores de obras plásticas. En efecto, en caso que la obra se haya declarado de interés cultural, la Administración ostenta, como sabemos, los derechos de tanteo y retracto por la enajenación onerosa de la misma (art. 38 LPHE). Sin embargo, dado que estamos ante una ley posterior e incompatible con la anterior, hay que entender que tales derechos se han derogado tácitamente para el caso concreto que examinamos. Asimismo, la adquisición de la obra de arte puede provocar el *droit de suite* o canon de reventa que corresponde al artista plástico, si ha tenido lugar en subasta pública, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial (art. 24.1 LPI, reformado por Ley 20/1992, de 7 de julio). Pero en este caso, a diferencia del anterior, se trata de normas compatibles que pueden operar conjuntamente.

El segundo momento consiste en la oferta de donación y la correspondiente aceptación. La oferta debe ser formulada por el futuro donante al mes siguiente de la adquisición y en su virtud queda obligado a entregar la obra al donatario dentro del plazo máximo de cinco años (art. 69-II.a y b LFM). Aunque no se trate de una donación transmisiva, se exige una doble aceptación por el futuro donatario, una provisional y otra definitiva. La aceptación provisional se puede producir en el mismo acto de adquisición o bien como consecuencia de la oferta; en ambos casos, desencadena el doble efecto de la tasación de la obra por la Junta, cuyo informe ha de emitirse en tres meses, y de habilitar al futuro donante para acogerse a los beneficios fiscales, a no ser que retire la oferta (art. 69-II.a y 69.2 LFM). Si ésta se mantiene, la aceptación definitiva debe manifestarse a continuación y no exige formalidad alguna.

Así, pues, la oferta de donación descrita equivale a una promesa unilateral, la cual, aunque es revocable, vincula al futuro donante y le obliga a perfeccionar la donación dentro del plazo indicado; pero carece de las consecuencias sustantivas que, como vimos, se desprenden del acto constitutivo de una fundación. Antes bien, es en virtud de la aceptación de dicha oferta que se produce una promesa bilateral de donación, la cual constituye, en rigor, un auténtico contrato de donación. Este contrato es muy significativo puesto que determina, no sólo la obligación de donar, sino otros importantes efectos que inciden de inmediato en la posición jurídica del futuro donante. En efecto, a partir de este momento, no puede revocar la futura donación; no puede disponer de la obra en favor de terceros; debe entregarla en la fecha acordada, dentro de los cinco años a contar de la aceptación definitiva;

durante este tiempo, debe tolerar la exhibición pública y la investigación de la obra; en fin, en caso de liquidación —por quiebra, por ejemplo— la obra se debe adjudicar en propiedad a la futura donataria (art. 69-II.a-f LFM).

Varias son las consecuencias que se derivan de este régimen. En primer lugar, no sólo es una notable excepción a la presunción de que los actos gratuitos se celebran en fraude de acreedores (art. 1297-I CC) —que acaso se puede justificar por el precio de la adquisición onerosa—, sino que representa, además, un privilegio especialísimo a favor del futuro donatario, cuya preferencia se puede asimilar a la de la prenda (art. 1922.2 CC). En segundo lugar, es claro que la obligación que surge del contrato de donación es una obligación de dar y convierte al futuro donatario, según advierte A. MARTÍNEZ LAFUENTE, en un acreedor del dominio de la obra de arte (*Op. cit.* p. 192); y de aquí se desprende que, mientras los gastos de conservación corresponden al futuro donante (art. 1094 CC), los frutos, y en especial la plusvalía, en cambio, pertenecen al futuro donatario (art. 1095 CC). Por último, es de resaltar que este contrato de donación tiene, además, cierta eficacia real ya que crea, igual que el acto constitutivo de una fundación, un *ius ad rem*, semejante al que conocemos, a favor del futuro donatario.

Esto es así, a nuestro modo de ver, porque el contrato de donación produce, aquí también, la separación o el desapoderamiento de la obra de arte en el patrimonio del futuro donante. En este caso, dicho efecto negativo se presenta con más claridad aun que en el acto constitutivo de la fundación, puesto que el futuro donante, aunque ostenta la posesión de la obra de arte, no sólo pierde los frutos y el poder de disposición, sino que la titularidad de dicho derecho corresponde al futuro donatario, incluso antes de que la donación se haya perfeccionado.

En fin, el tercer momento es el de la perfección de la donación por la entrega de la obra de arte y, como consecuencia de ella, la donación se consuma. Es claro que esta entrega desempeña aquí la misma función transmisiva o traslativa que la tradición (art. 609-II CC); como se trata de una cosa mueble, la entrega puede hacerse en forma manual o mediante un documento escrito (art. 632 CC). Antes de la entrega, la entidad donataria tenía sólo un derecho de crédito, reforzado por el *ius ad rem* que conocemos y ahora, una vez recorrido el complejo itinerario descrito, ostenta la propiedad de la obra donada.

Así, pues, en suma, es en el cuadro general de las donaciones en el se aprecia la originalidad de esta nueva figura; y ello, no sólo porque consagra en el plano legislativo un claro supuesto de donación obligatoria sino porque confiere al contrato de donación la eficacia real que acabamos de ver.

6. EL CONVENIO DE COLABORACIÓN O PATROCINIO EMPRESARIAL

De no menor interés es, por último, el llamado convenio de colaboración empresarial porque se refiere, además, al mecenazgo en sentido propio, el cual, por contraste con el patrocinio publicitario, se puede denominar patrocinio empresarial. Según la definición legal, se trata de un convenio escrito por el que la entidad sin fin de lucro recibe de la empresa colaboradora una «ayuda económica» —así la llama la LFM— para la realización de actividades tendentes a la satisfacción de fines de interés general, obligándose a difundir la participación del colaborador, y sin que pueda consistir en una participación en las ventas o en los beneficios (art. 68-I LFM). En otras palabras, estamos ante un contrato en cuya virtud el patrocinador dona cualquier clase de bienes o derechos a la entidad patrocinada a fin de realizar las mencionadas actividades, sin que el patrocinador pueda participar en las ventas o beneficios resultantes de las mismas, a cambio de que se divulgue o difunda dicha donación.

Los requisitos de este nuevo contrato son, pues, los siguientes. Por un lado, el patrocinador puede ser cualquier empresa sujeta al impuesto sobre sociedades, o cualquier empresario o profesional sujeto al impuesto sobre la renta. Por otro lado, el patrocinado ha de ser cualquier entidad sin finalidad lucrativa, tanto del tipo fundación como del tipo asociación, que ya conocemos. Enseguida, el objeto del contrato es una donación típica o traslativa que, como ha señalado A. MARTÍNEZ LAFUENTE, debe ser de valor fijo y entregado de presente (*Op. cit.*, p. 184). Además, la entidad patrocinada asume una doble obligación de hacer, que consiste, por una parte, en destinar los bienes donados a actividades encaminadas a la realización de sus propios fines de interés general y, por la otra, en difundir la donación efectuada por el patrocinador, quien puede también llevar a cabo por sí mismo esta difusión. El último requisito es que el contrato debe constar por escrito.

A la vista de estos presupuestos, es claro que el patrocinio empresarial, así configurado, difiere del patrocinio publicitario (art. 68-V LFM), es decir, el contrato de esponsorización —el popular *sponsor*—, como lo recalca la propia Exposición de Motivos de la LFM, aunque no esclarece bien el criterio de esta distinción. Nos dice que, mientras el patrocinio publicitario no obedece a fines de interés general sino que es de índole publicitaria, el patrocinio empresarial, en cambio, aunque también está motivado por la difusión de la personalidad del patrocinador, se encamina preferentemente al beneficio de la entidad patrocinada (pár. VIII-II). Este criterio, aparte de ser tautológico —es publicitario el patrocinio de índole publicitaria— es inexacto y erróneo. Inexacto porque alude al elemento subjetivo de la intención del patrocinador; y erróneo porque el patrocinio publicitario se dirige también a la financiación de actividades de interés general. En efecto, de acuerdo con la noción legal de este último, el patrocinio publicitario es un contrato por

el que el patrocinado se obliga a colaborar en la publicidad del patrocinador a cambio de una «ayuda económica» —también— para la realización de su propia actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole (art. 24 LGP).

Las similitudes con el patrocinio empresarial son, pues, patentes, y por eso hay que buscar un criterio objetivo que nos permita distinguir los dos tipos de patrocinio. Poco se avanza en esta dirección cuando se afirma que el patrocinio publicitario es una forma nueva y más sofisticada de la publicidad empresarial, mientras que el término mecenazgo (o patrocinio empresarial) se reserva para definir la proyección de la imagen de la empresa en la sociedad y, en especial, la responsabilidad social de la misma en el ámbito cultural (A. SAENZ DE MIERA, *op. cit.*, p. 81); y ello porque esto, sin ser falso, describe el fenómeno, pero no explica su naturaleza jurídica. Por el contrario, acierta L. DÍEZ-PICAZO al señalar que, mientras el patrocinio publicitario es un contrato bilateral y oneroso, en el que la ayuda económica es el precio de la actividad propia del patrocinado, el patrocinio empresarial es, en cambio, un contrato unilateral y gratuito, en el que la ayuda económica es una liberalidad. A su juicio, la notoriedad o difusión del mecenaz -en nuestro caso, la empresa patrocinadora- no altera la gratuidad del contrato por la amplitud o elasticidad de la causa liberal que caracteriza a los contratos de beneficencia (*El contrato de esponsorización, cit.*, p. 8). Por eso, hay que descartar la tesis que ha sostenido en Italia C. MANCINI según la cual estaríamos ante un contrato gratuito atípico (*Il contratto gratuito atipico*, en *Contr. impr.* 1986, p. 934-935). Por consiguiente, el patrocinio empresarial debe considerarse, en nuestro Derecho, como un contrato típico y gratuito que, como todas las liberalidades, se rige supletoriamente por las reglas generales de la donación (art. 618 CC). Se debe resaltar, sin embargo, que se trata aquí de una clásica donación transmisiva y de eficacia real inmediata, que está unida a la carga, gravamen o modo consistente en la doble obligación de hacer que, según vimos, contrae la entidad patrocinada y cuyo incumplimiento provoca, como sabemos, la revocación de la donación.

En definitiva, es esta diferente naturaleza jurídica —gratuita u onerosa— la que permite distinguir, conforme a un criterio objetivo, los dos tipos de patrocinio y, a su vez, calificar el concreto contrato establecido por los contratantes. Asimismo, esta naturaleza objetiva es la que explica las características más destacadas del patrocinio empresarial, a saber: el patrocinador no puede participar en los beneficios; el patrocinado sólo puede ser una entidad no lucrativa; su objeto debe ser una donación con carga, gravamen o modo, y no otra prestación; su régimen tributario es distinto e —inexplicablemente— menos favorable al contribuyente que el del patrocinio publicitario, dado que éste es un gasto de la explotación que se deduce en su integridad.

7. LA LIBERALIDAD Y LAS VENTAJAS DEL MECENAS

Tras este repaso de las nuevas liberalidades previstas por la LFM, se aprecia fácilmente que el mecenazgo aparece como la causa genérica de una serie de supuestos y que se puede articular a través de los distintos cauces que hemos visto. Estos supuestos pueden consistir lo mismo en actos unilaterales que bilaterales, pero de ellos sólo resulta obligado el mecenas; por eso, se trata de actos unilaterales y gratuitos, que no siempre se identifican con la donación, sino que pertenecen, por regla general, a la categoría flexible de las liberalidades.

En todo caso, la liberalidad se estima compatible con determinadas ventajas que puede obtener el mecenas, entre las que destaca el llamado retorno publicitario, en virtud del cual se da a conocer o se divulga la liberalidad que ha llevado a cabo. Esta ventaja no es exclusiva del patrocinio empresarial, sino que se puede alcanzar por otras vías, incluso más sutiles, como la denominación de la fundación, la placa recordatoria del donante o su familia, o la sede o local donde se exhiben las obras de arte antes de ser donadas a la entidad no lucrativa.

En última instancia, son estas ventajas las que constituyen el motivo interesado que impulsa al mecenas, quien, movido también por los beneficios fiscales, contribuye a la actuación de los fines de interés general; sin estas ventajas, pues, tales fines podrían quedar sin atender. Acertado o no este modelo, hay que reconocer que responde con fidelidad al liberalismo postmoderno de este fin de siglo.

Evolución de las garantías personales en el Derecho español (*)

JAVIER AVILÉS GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Oviedo.

SUMARIO: I. GARANTÍAS PERSONALES. A. SOBRE EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN GENERAL. B. LAS NUEVAS FORMAS DE GARANTÍA PERSONAL. C. HACIA UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA PERSONAL ATÍPICA. 1. *Dos posiciones matizadas sobre la garantía atípica a la luz de una jurisprudencia reciente.* 2. *La garantía personal como relación u operación jurídica compleja.* 3. *Corolario: garantía personal atípica y fiadores profesionales.* D. GARANTÍA PERSONAL BAJO FORMA DE SEGURO DE CAUCIÓN. 1. *Prestación de la garantía y elementos singulares del seguro de caución.* 2. *Puntos centrales de la crítica a la naturaleza asegurativa de la caución.* II. SEGURO DE CAUCIÓN. A. GARANTÍA Y CAUCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. *Concepto, evolución y problemas que se plantean.* 2. *Regulación legal.* 3. *El seguro de caución como seguro por cuenta ajena.* 4. *El riesgo en el seguro de caución.* 5. *El siniestro en el seguro de caución.* 6. *La acción de regreso del asegurador contra el tomador.* 7. *Naturaleza jurídica del seguro de caución.* B. SEGURO DE CAUCIÓN Y OBLIGACIÓN FIDEIUSORIA. 1. *Fianza y seguro (el «contrato de seguro fideiusorio»).* 2. *Fianza y seguro de caución.* 3. *Las pólizas tasadas o estimadas.* 4. *El seguro de caución como obligación fideiusoria.* III. ORIENTACIONES BIBLIOGRÁFICAS.

I. GARANTÍAS PERSONALES

A. Sobre el concepto de garantía en general

Se habla de garantía en un sentido general para referirse a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. De

(*) Este trabajo forma parte de un estudio más amplio financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT) bajo el título de «Algunos aspectos fundamentales de la contratación moderna en los sectores y del seguro» (Proyecto PS 93-0142).

esta manera la garantía viene a ser una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal forma que esta adición o yuxtaposición lo que hace es reforzar al acreedor en la seguridad de que su derecho será satisfecho (1). Con otras palabras cabe entender como garantía en su acepción amplia cualquier medio para asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho, recogiénose de esta manera toda una serie de instituciones, derechos, facultades y poderes muy heterogéneos, en los que, de alguna manera, la idea de tutela y seguridad está presente (2).

Por otro lado la doctrina moderna viene perfilando un concepto más restringido «con base en el análisis del contenido propio de la función de tutela y en el significado de la actualmente denominada garantía o responsabilidad genérica», de modo que puede afirmarse que la garantía en sentido técnico y específico no surgirá sino «cuando de alguna manera el sistema general de responsabilidad se modifica en el sentido de aumentar la seguridad de que un acreedor verá satisfecho su interés» (3).

Si la garantía es un refuerzo de la posición jurídica del acreedor, es claro que esto sólo puede ser conseguido ampliando el ámbito del poder jurídico del acreedor. Se ha podido afirmar así que toda garantía consiste por ello en un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar. Por ello, lo que en un sentido económico pueden llamarse garantías, en un sentido jurídico son, en puridad, derechos subjetivos o facultades con función de garantía (4).

De este modo la garantía puede concebirse como un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que es concedida al acreedor. Así, se considera que existe una relación de subordinación entre uno y otro, de tal manera que puede, en rigor, hablarse de un derecho principal para

(1) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid 1983, pp. 581 y ss.

(2) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid 1990, p. 6. Dentro de esta acepción amplia estima Guilarte, siguiendo en este punto a Fragali, «que se orientan a tal finalidad desde el complejo patrimonial del deudor, sobre el que cualquier acreedor puede satisfacer sus pretensiones, hasta la inscripción en los distintos Registros, comprendiendo figuras tan diversas como las causas de prelación, garantías reales, asunción de deuda, fianza, aval, anticresis, venta con pacto de retraer, cesión de créditos, obligación solidaria, acciones subrogatoria y revocatoria, secuestro, derecho de retención, garantías por evicción o por vicios, responsabilidad objetiva o por riesgo, contratos de garantía, de seguro, documentos y actos de reconocimiento, depósitos, consignaciones, cauciones, inventarios, cláusula penal, etc.» (cfr. *ob. cit.*, p. 6).

(3) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 7. El contenido básico de la garantía para este autor consiste en la función de aumentar objetivamente la seguridad que un determinado acreedor obtiene de que su interés resultará satisfecho.

(4) Cfr. DÍEZ PICAZO, *ob. cit.* anterior.

referirse al derecho de crédito y de un derecho accesorio para referirse al derecho de garantía. Sobre el problema de la accesoriedad, de vital importancia en esta cuestión, nos detendremos más adelante al tratar de la *obligación de garantía*.

Dentro de esta introducción general algunos autores, tanto mercantilistas como civilistas, se han referido a un concepto que tal vez merecería un estudio pormenorizado por parte de la doctrina, aunque ahora pensamos que sobrepasa el objeto de nuestro estudio. Se trata del concepto de *contrato de garantía*, que, entendido en un sentido amplio, puede concebirse como aquella convención en la que una determinada persona asegura a otra un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos. Mediante tales contratos se asegura un resultado económico con independencia del incumplimiento de la obligación principal, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a pensar que no se trata en estos casos de garantías en sentido técnico (5).

El contrato de garantía tan sólo ha sido objeto de un extenso tratamiento doctrinal a partir de los años cuarenta como reflejo de su creciente difusión práctica, aunque esto haya acontecido ciertamente fuera de nuestras fronteras (6). Pero para nosotros lo más relevante de esta cuestión es destacar el intento doctrinal por distinguir el contrato

(5) Por todos puede verse GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 56. La variedad de estos contratos es grande, y abarca aspectos económicos y sociales de muy distinta naturaleza. Asimismo responden frecuentemente a la circunstancia de que quien asegura el resultado tiene interés en la celebración de un contrato, cuyas consecuencias para la otra parte se presentan dudosas, estimulándose a ésta a la conclusión de aquél por el incentivo que supone la seguridad de obtención de concretos beneficios.

(6) Fue STAMMLER el autor del primer trabajo sobre esta materia en el año 1886 (*Der Garantievertrag*, Archiv für die zivilistische Praxis), el cual sirvió de fundamento a los posteriores estudios de los juristas alemanes en torno a esta figura (KROENER, *Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft*, Essen 1911; CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlín 1981). Posteriormente han sido las doctrinas francesa e italiana las que han elaborado un sistema del contrato de garantía dentro de unas ideas más afines a nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, en España ha sido muy escasa la atención prestada a esta cuestión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Stammler definió este contrato como aquél por el que un sujeto asume gratuitamente el *riesgo* dirigido a obtener una ganancia patrimonial. Posteriormente Kroener entendió que por el contrato de garantía una parte se obliga frente a otra a responder gratuitamente hasta un importe máximo por los daños que para el beneficiario se pudieran derivar de un negocio ya concluido o a punto de concluirse. Para Canaris, por medio de este contrato, el garante se compromete frente al beneficiario a responder por un beneficio determinado o por la pervivencia de una situación determinada; además la prestación asumida no consistirá solamente en prestar el beneficio económico esperado o preocuparse por que se mantenga esta situación, sino que también, en el caso de que no se cumpla alguno de los supuestos, deberá cubrirse el daño económico que de ello se derive para el beneficiario, esto es, estará obligado a satisfacer el *interés* protegido.

de garantía del de fianza, orillando de este modo la confusión reinante al respecto (7). Por otra parte también podrían servirnos las similitudes que, en algunos aspectos, pueden establecerse entre el contrato de garantía y el contrato de seguro. Pero no vamos a entrar en estas cuestiones por considerarlas colaterales al trabajo que nos ocupa.

Reciente orientación de las garantías personales.

Dentro de las evoluciones más notables de actualidad están aquellas relacionadas con el tráfico jurídico asociado al mundo de las finanzas y al mercado bursátil. Y son muy heterogéneas las innovaciones que se vienen produciendo en el ámbito propiamente mercantil, bien sea en el específico de la contratación o bien sea en otros campos afines. A este respecto no es en ningún caso desdeñable, como vamos a ver, el mérito de las aportaciones científicas de algunos mercantilistas en esta materia, y que venía teniendo como contrapunto una cierta inhibición por parte de los que nos dedicamos al estudio del Derecho civil, aun cuando en estos últimos años el interés de los civilistas por estas materias ha ido aumentando progresivamente, quizás a raíz de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país de carácter reciente.

La necesidad de acudir a un afianzamiento o garantía de un tercero es algo propio del comercio, tanto nacional como internacional (8). El mero hecho de salir garante de un deudor real o potencial constituye hoy en día una parte muy importante de la actividad profesional de ciertas entidades y, muy especialmente, de las de crédito. Pero si el

(7) Estas ideas aparecen reflejadas en SÁNCHEZ GUILARTE, *Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, p. 55 y ss. La diferencia esencial entre contrato de garantía y fianza radica en la naturaleza de la obligación de fiador y garante. Mientras la fianza tiene su fundamento teórico en la idea de la accesoriedad, entendida como la existencia de una relación de dependencia estricta entre la obligación del fiador y la obligación afianzada, el contrato de garantía se configura como una obligación esencialmente independiente (ruptura de la accesoriedad).

(8) Dentro del tráfico internacional algunos entienden que el contrato de garantía es jurídicamente algo distinto del contrato de afianzamiento y su regulación no camina por los cauces de la aplicación analógica de las normas reguladoras del afianzamiento, sino por las propias y específicas de la regulación del tráfico mercantil internacional, entrando en juego la *lex mercatoria* internacional que habrá de deducir, en los casos de falta de claridad o insuficiencia del contrato, de los usos profesionales y de la jurisprudencia arbitral. En la configuración de este contrato de garantía habrá que tener muy en cuenta, sobre todo, las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales aprobadas por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional en 1978 (cfr. CREMADES, *Conferencias sobre Derecho bancario internacional*, Madrid 1985, p. 74), y más recientemente las *Uniform Rules for Demand Guarantees*, publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (n.º 458, abril 1992).

fenómeno de la garantía constituye un factor determinante del tráfico de bienes, habrá que concluir que la misma cobrará todavía un mayor protagonismo al ser una pieza fundamental del derecho patrimonial en una época de crisis.

La Banca y las Compañías de seguros vienen siendo socios inseparables en el tráfico comercial, si bien actúan en esferas distintas. Así mientras la primera mira especialmente hacia la constitución de las garantías, las empresas aseguradoras analizan con preferencia la validez de los contratos suscritos o de sus pólizas. Pues bien, uno de los puntos de fricción en la competencia entre ambas es precisamente el seguro de caución, por cuanto que éste viene a cumplir según algunos unas funciones análogas a las que desempeña la fianza, como tendremos ocasión de examinar (9). Pero el problema no es tan sólo de orden competencial sino que está en la misma naturaleza del seguro de caución.

B. Las nuevas formas de garantía personal

Las garantías en general suelen clasificarse en personales y reales, según el cumplimiento de la obligación sea garantizado por persona distinta del deudor principal, o bien se afecten de modo especial determinados bienes al cumplimiento de la misma, constituyéndose sobre tales bienes un derecho real accesorio de la obligación que aseguran (prenda e hipoteca). Tradicionalmente, y en particular en lo que se refiere a la materia mercantil, vienen siendo más frecuentes las garantías personales que las reales, y quizá sea por ello por lo que el Código de comercio no regule más «contrato autónomo de garantía» que el de fianza (artículo 439 y sigs. del Código de comercio), limitándose a considerar la prenda de efectos o valores públicos como una modalidad accesorio de préstamo (artículos 320 y sigs. del Código de comercio) (10).

(9) Cfr. CREMADES, *Conferencias sobre Derecho bancario internacional*, Madrid 1985, p. 99. Afirma éste que «los quebrantos sufridos recientemente por la Banca en sus operaciones internacionales como consecuencia de ejecución de garantías contractuales llevan a un replanteamiento global del tema y a una puesta en entredicho de las llamadas garantías a primera solicitud. Por el contrario, la postura conservadora de las compañías de seguros en la utilización del seguro de caución les ha dado un importante protagonismo. En concreto, las compañías españolas de seguros están trabajando con extraordinaria eficacia en muchos países y muy especialmente en Latinoamérica. ¿Dónde comienza el seguro de caución y dónde acaba la competencia específica de la Banca y de las entidades de financiación? La línea, sin duda, no está claramente trazada.»

(10) Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid 1989, pp. 741 y 742. No es baladí a nuestro juicio el empleo de la expresión «contrato autónomo de garantía» para referirse a la fianza personal, y por eso la entrecomillamos.

Vemos como la práctica jurídica del comercio internacional e inter-no viene recogiendo un rico inventario de *nuevas* garantías (cartas de patrocinio o de confort, actividades de garantía prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, las garantías en préstamos, aperturas de créditos y otras formas de financiación bancaria, etc.). En este sentido se puede afirmar con carácter general, como hizo en su momento el Tribunal Supremo, que las garantías personales se van imponiendo como instrumentos complementarios de las garantías reales, debido a que éstas vienen estando sometidas a pesadas formalidades y, en ocasiones, son amenazadas por privilegios particulares. Además el tráfico actual nos ofrece diversos ejemplos de nuevas figuras de garantías personales, que unas veces superan la rigidez de la accesoriedad (garantías a primera solicitud), y otras suponen idéntico contenido que el de la obligación garantizada (11).

(11) El estudio de las garantías personales, según afirma el Tribunal Supremo, «puede mostrar casos en los que el garante —necesariamente un tercero distinto del deudor— entiende asumir un compromiso moral sin consideración al alcance jurídico de su conducta, y en otros supuestos puede aflorar la perspectiva del contrato de adhesión o la posible vinculación de la duración de la garantía al mantenimiento del garante en la misma función, e incluso, frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a la fianza, ofreciendo nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, como lo revelan sobre todo experiencias del tráfico cambiario, como son las garantías escritas y prestadas por los Bancos en favor del cliente, o bien las concurrentes en préstamos, aperturas de crédito y otras formas de financiación bancaria, las actividades de garantías prestadas por las sociedades de garantía recíproca o por los terceros garantizando el cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, los establecidos en el campo administrativo, singularmente en los ámbitos fiscal y de aduanas, las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional (...)» (Considerando 5.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983).

Por lo que se refiere a la calificación jurídica de las distintas garantías personales se precisa un esfuerzo doctrinal y dogmático, en el que las opiniones pueden ser diversas. Así por ejemplo, para CARRASCO PERERA, las cartas de patrocinio no son contrato, ni obligación, ni fuente de obligaciones, sino *material empírico calificable*. Del mismo modo éste mantiene que, en un sentido más amplio, aparentes «medios de garantía» o «contratos de garantía» o «formas de garantía» pueden ser simples declaraciones de voluntad, que tendrán que ser interpretadas y calificadas, y cuyo resultado puede concluir en la afirmación de que tales (o una parte) declaraciones son declaraciones de voluntad fideusoria (cfr. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, pp. 122, 129 y 130).

Asimismo este autor señala con cautela que ante la eclosión doctrinal de las «nuevas garantías personales» le asalta la impresión de que se tiene una estrecha concepción de la fianza, lo que le hace pensar a su vez en «la ausencia de una labor de calificación de las declaraciones de voluntad negociales» en este terreno (*ob. cit.*, p. 113).

Es interesante también por la influencia que tuvo en la redacción de la sentencia mencionada reseñar el artículo de BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, RDBB, 1982, pp. 677 y ss.

Conviene apuntar que en el ámbito de las garantías personales, al no existir una terminología jurídico-técnica precisa, capaz de comprender la rica variedad de los distintos tipos o modalidades, es fácil caer en alguno de los riesgos anfibológicos que los términos nos deparan (12).

La proliferación de diversas garantías personales de diferente naturaleza obedece a muchas causas. En primer lugar, puede hablarse de la huida que en la práctica mercantil se viene produciendo de aquellos instrumentos o medios de afianzamiento cuya estructura y configuración normativa los hacen incómodos, y esto merced a su vinculación rigurosa con negocios jurídicos de los que el garante pretende permanecer alejado. En segundo lugar podemos hablar de la *profesionalización* de las nuevas figuras obligacionales, pues a los bancos y a otras entidades de crédito debe sumarse el creciente desarrollo de las garantías prestadas por las compañías de seguros a sus clientes. Incluso merece la pena reseñarse que hace ya bastantes años la semejanza entre las garantías prestadas por los bancos y las aseguradoras dio lugar a serios problemas de competencia (13).

A las causas apuntadas hay que añadir que la complejidad que ofrecen la celebración y el contenido de los contratos internacionales ha venido aumentado los riesgos en la ejecución de los mismos, así como la correlativa *necesidad* de nuevos mecanismos que garanticen de forma más flexible el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sustituyendo o innovando las tradicionales garantías formales.

Llegados a este punto, sin menoscabo de ulteriores apreciaciones, es donde hay que apuntar uno de los problemas que subyace latente en todo este trabajo, y que no es otro que el de graduar qué virtualidad sigue teniendo la figura de la fianza frente a la *invasión* ineluctable de esas *nuevas formas* de garantía personal. De cómo resolvamos esta

(12) En el mismo sentido se pronuncia CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991, p. 1, cuando afirma que las posibilidades teóricas y prácticas de garantías personales pueden ser abundantísimas.

(13) Me refiero al Dictamen del Consejo de Estado francés de 6 de octubre de 1952, más conocido como Dictamen Renaudin, que vino a zanjar el conflicto de competencias surgido entre bancos y compañías de seguro, estimando que los avales son una operación de crédito exclusivo de la actividad bancaria (cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica», *Revista de Derecho Cambiario y Bursátil*, 1985, p. 191 y ss.). En este mismo sentido se expresa CERDA OLMEDO para quien «en la actualidad, la práctica nos enseña que la intervención de aquel fiador amistoso tiende constantemente a disminuir, en provecho de instituciones especializadas, generalmente personas jurídicas, como bancos y compañías de seguros, que como garantes de reconocida solvencia financiera y acreditada profesionalidad, inspiran una mayor confianza al beneficiario», estimando que «la intervención generalizada del garante profesional en la emisión de las garantías, hace que las reglas de la fianza resulten improcedentes» (Garantía independiente, Granada 1991, p. 2).

tensión jurídica dependerá la solución de alguno de los problemas que abordamos en este trabajo (14).

C. Hacia una construcción doctrinal y jurisprudencial de la garantía personal atípica.

1. *Dos posiciones matizadas sobre la garantía atípica a la luz de una jurisprudencia reciente.*

1.1. Posición mercantilista: una acepción flexible y permisiva.

Pues bien, según el análisis de algunos autores, parece indudable que la fianza tal y como viene recogida en el Código civil y en el Código de comercio, no agota de suyo todas las formas que la garantía personal en general puede adoptar en el tráfico jurídico. Y es que, según parece deducirse de sus comentarios, las *necesidades* prácticas han presionado para que el rígido cuadro de los tipos legales de garantía personal sea ampliado. Para aquéllos el fundamento jurídico para que esas necesidades se abrieran paso en el mundo jurídico ha sido, principalmente, el principio de autonomía de la voluntad (15).

Entre las razones alegadas en favor de una ampliación del ámbito de las garantías personales se pueden mencionar, entre otras, las siguientes: a) evitar las formalidades y rigideces en la constitución de las garantías tradicionales, adaptando la institución de la garantía personal a las condiciones contemporáneas de la vida comercial; b) evitar gravámenes fiscales excesivos (que pueden justificar por ejemplo el abandono de las hipotecas); c) evitar determinadas consecuencias contables, producidas por la mayor precisión y rigidez con que, para garantizar intereses de terceros extraños a las empresas, se exige la constancia de la garantía tradicional en el balance; d) *necesidad* de constituir garantías en las que se asegure, por vía contractual, un mayor equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, o adaptar el modelo legal a las necesidades concretas sentidas por las partes inter-

(14) Por todos puede verse DUQUE DOMÍNGUEZ, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990. «Es en esta tensión —afirma DUQUE— entre aptitud jurídica de las instituciones jurídicas tradicionales y necesidades surgidas del dinamismo económico donde tienen que hallarse las razones que justifican que las instituciones bancarias acepten, en sus relaciones con los grandes grupos internacionales, garantías menos rigurosas que las ofrecidas por la fianza tipificada legalmente, y, sobre todo, garantías de las que se ignora su preciso y efectivo valor jurídico» (*ob. cit.*, p. 729). Aunque se refiere a las instituciones bancarias la idea es transferible a otros ámbitos jurídicos y financieros.

(15) En este sentido se manifiesta, entre otros, CERDA OLMEDO, quien al referirse a la garantía independiente o garantía a primera demanda afirma que es un producto de la libertad de contratación que los usos del comercio han venido amparando (*ob. cit.*, p. 6).

vinientes en un negocio. En definitiva, puede afirmarse que aquellos que sostienen este tipo de razones piensan en el fondo que es la notable pobreza del ordenamiento español, en cuanto a la tipificación de las garantías personales, la que ha llevado a la doctrina española a reconducir prácticamente todas las formas de garantía hacia el tipo de la fianza (civil o mercantil) (16).

La fianza viene a ser de este modo el reducto inexpugnable donde se cobijan un sinnúmero de figuras fideiusorias merced a la indigencia de recursos de las leyes decimonónicas. Pero tampoco es este el momento para hacer una reflexión crítica acerca de la figura de la fianza. Tan sólo queremos constatar que un sector doctrinal hecha en falta una mayor flexibilidad de la fianza, en razón sustancialmente de la multiplicidad de formas que viene adoptando la garantía personal, y sin que ello implique desdeñar o preterir la importancia que la institución de la fianza tiene dentro del ordenamiento jurídico español. Pero tampoco debemos dejarnos llevar a la confusión por alguna de las afirmaciones de estos mismos autores, y que muy bien pudieran resultar paradójicas en ciertos aspectos. Así por ejemplo, pueden sostener que la garantía personal en el derecho español es la fianza (17) —cuya característica básica es la accesoriedad de la misma respecto a la relación principal— y, al mismo tiempo, afirmar que la garantía personal puede caracterizarse como el compromiso que adquiere una persona frente a otra de que un tercero hará o no hará alguna cosa en interés del contratante beneficiario. E introducen todavía un mayor margen de confusión si además esta concepción de la garantía personal es, a su juicio, lo suficientemente amplia como para permitirles distinguir dentro de ella diversas especies en razón del *riesgo* que asume el garante (así distinguen garantía de moralidad, garantía de influencia y garantía de ejecución). Con todo ello parece dejarse traslucir que el concepto de *garantía personal* acaba rompiendo por la vía de hecho con el rígido encorsetamiento de la fianza civil o mercantil (18).

(16) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 730 y 733. En este sentido se abunda en esta idea de indigencia legal, al expresar que «los esquemas negociales puestos a disposición del intérprete español en los textos codificados son muy rudimentarios en cuanto que prácticamente sólo recogen como modalidad de garantía personal la fianza o garantías personales muy cercanas a este tipo (por ejemplo, el aval)».

(17) DUQUE DOMÍNGUEZ reconoce que el Derecho codificado español en este punto ha sido más restrictivo que otros, y matiza lo apuntado diciendo que «en nuestro derecho tan sólo el aval cambiario (Duque) —con la tendencia doctrinal muy fuerte a asimilarlo con la fianza— y, de una manera implícita, la obligación de responsabilidad del librador de la letra de cambio quedaron como instituciones de garantía personal no asimilables totalmente a la fianza convencional del Código de Comercio o del Código Civil» (*ob. cit.*, p. 732).

(18) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 731 y ss. Este explicita de la siguiente manera las distintas especies de garantías personales por razón del riesgo que asume el garante: a) garantía de moralidad: confirmación directa o indirecta de la fiabilidad del garantizado; b) garantía de influencia: riesgos referentes a la desaparición

1.2. Posición civilista: una acepción restrictiva y conservadora.

Como contrapartida a la posición doctrinal antedicha, permisiva en exceso por la vía de hecho con las *nuevas formas de garantía personal*, existe otra corriente doctrinal más afín al mundo de los civilistas. Esta defiende con rotundidad que los razonamientos anteriormente expuestos se vienen caracterizando por un tratamiento apresurado y superficial de los límites y posibilidades que se encierran en las normas codificadas relativas a la fianza. Asimismo sus mentores sostienen que por una consideración *banalizada o trivializada* sobre las instituciones codificadas, existe un desmesurado gusto por la recurrencia a la atipicidad contractual y un prejuicio —agudizado a su entender por nuestros autores mercantilistas— de que toda nueva manifestación del tráfico contractual requiere por sí misma un tipo contractual nuevo. Concluyen críticamente afirmando que «todo ello está conduciendo a un socavamiento de las normas del Código Civil, que son preteridas por principio sin detenerse a considerar la necesidad de ello, ni las consecuencias perturbadoras que para el sistema supone la creación incontrolada de tipos novedosos no sujetos a ninguna restricción de validez». Con otras palabras puede decirse también que, para estos autores, es preocupante el modo de proceder puesto en práctica por la doctrina más arriba citada (de la flexibilidad del tipo contractual podemos decir), por cuanto que con su aperturismo esa teoría permisiva se hace enormemente tributaria o dependiente de la doctrina extranjera en este punto de las garantías personales, ya que la misma trae causa a su juicio «de la inveterada tendencia a la elaboración de *constructos* nuevos sin explotar las posibilidades del sistema» (19). Matizaremos más adelante esta idea.

de las relaciones entre garantizado y garante; riesgos referentes a la gestión de los negocios del garantizado; riesgos referentes a los medios financieros del garantizado; c) garantía de ejecución: riesgos en relación a la incapacidad de pago (fianza simple); riesgo de incapacidad o de rechazo de pago total o parcial (fianza solidaria); riesgo de incapacidad de pago de invalidez de la obligación (fianza principal). Nótese cómo la noción de «riesgo» introduce un factor innovador dentro del concepto de garantía personal, entendida ésta como aquella por la que una persona «se compromete frente a uno o varios acreedores de otra persona para reforzar la confianza de los acreedores hacia el cumplimiento por parte de sus deudores garantizados» (*ob. cit.*, p. 733). La asunción del riesgo frente al tercer acreedor amplía considerablemente la idea inicial de garantía personal. Aquí podemos recordar la definición de contrato de garantía dada por Stammler como aquél por el que un sujeto asume gratuitamente el riesgo dirigido a obtener una ganancia personal. Este concepto junto con la idea de interés de Canarias, más arriba recogida, nos puede hacer llegar a la conclusión de que existe una similitud en algunos aspectos entre el contrato de garantía y el seguro.

(19) Por todos, CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 2 y ss. De modo categórico afirma éste que todos los que en España se han dedicado últimamente al estudio de las «nuevas formas de garantía personal» concuerdan en un punto de partida, a saber, que la fianza no agota el género de las garantías personales; que la práctica (éste *deus ex machina* de los mercantilistas)

Así las cosas dentro de los civilistas hay algunos que, en estudios recientes, parecen ser más proclives a las tesis que mantienen los estudiosos mercantilistas. En su opinión se hace sumamente ardua la tarea de saber si estas nuevas formas de garantía personal constituyen evoluciones o modalidades de otras figuras ya conocidas o, por el contrario, constituyen nuevos modelos que «exigen que se trace con absoluta precisión el marco efectivo de aplicabilidad de aquellas figuras conocidas, indagando sus límites y la posible elasticidad en su aplicación, así como la permisibilidad jurídica de dichas *nuevas figuras de garantía* que la práctica impone» (20).

Al hilo de algunos casos planteados en nuestro Alto Tribunal vamos a indagar acerca de la posibilidad de construir en nuestro Derecho el concepto de *garantía personal atípica*, cuestión íntimamente ligada al problema de la accesoriedad de la garantía, tal y como se pasa a exponer.

Aquí no serán objeto de estudio las garantías bancarias no accesorias que se desarrollan en el ámbito del derecho comercial internacional ya que merecerían un tratamiento aparte y diferenciado (21).

ha creado nuevas formas de garantía para satisfacer necesidades que no pueden ser cubiertas con la fianza; que la autonomía de la voluntad es el principio que articula esta eclosión de nuevas formas de garantía. Y concluye diciendo, no menos categóricamente, que muchas de estas afirmaciones no responden sino a una concepción estrecha (algunas veces también equivocada) sobre los límites y elasticidad de la fianza en nuestro sistema de Derecho privado (*ob. cit.*, pp. 193 y ss.).

(20) Por todos, CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991, p. 15. Quizá sea el enfoque que el mismo autor hace en su estudio de las garantías a primera demanda lo que condicione su punto de vista. Así este autor subraya que la garantía independiente es indudablemente una garantía mercantil (p. 11); que dispone asimismo de un mecanismo jurídico distinto del de la fianza (p. 6); que la garantía a primera demanda es una figura original, *sui generis*, que se diferencia de cualquier otra por su función específica y por su propia finalidad (p. 5); que es un producto del principio de libertad de contratación que los usos del comercio han amparado (p. 6); que de reconducirse la garantía a primera demanda a las normas reguladoras de la fianza obtendríamos una fianza absolutamente irreconocible con respecto al modelo como la configura el legislador (p. 31). A su juicio la garantía personal independiente es una especie que pertenece al género de los contratos de garantía, entre los que cabe englobar la fianza y la garantía a primera demanda, si bien éstas son «figuras antagónicas absolutamente irreconciliables, que es preciso separar» (pp. 65 y 67). Los nuevos aspectos jurídicos que comporta la garantía personal «no pueden tener cabida en la regulación legal que sobre aquélla (la fianza) nos brinda el viejo Código» (p. 2).

(21) Se trata del fenómeno de las garantías a primera demanda estudiadas, entre otros, por CERDA OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada 1991. En ellas el beneficiario de la garantía suele exigir que el banco directamente obligado al pago sea un banco de su propio país. Para ello, el ordenante de la garantía (deudor en la relación básica) concierta un contrato (mandato) con su banco nacional por medio del cual concede la garantía de forma tal que comisione al banco del país del acreedor para que, a requerimiento de éste, realice el pago y repita del primer banco, que, a su vez se reintegrará del ordenante deudor.

Ya aludimos en otro momento, al hablar de las *nuevas garantías personales*, a la pretensión que tienen algunos autores por agotar o explotar todas las posibilidades internas del sistema, aunque sólo fuera con el fin —se dice— de constatar la existencia de un límite inmanente al mismo. Pero si bien éstos afirman por un lado que «todas las formas de garantía en las que el riesgo cubierto sea el incumplimiento de un tercero pueden ser reconducidas al tipo de fianza», por otro sostienen sin ambages que son admisibles dentro de nuestro ordenamiento «técnicas de garantía personal *distintas* de la fianza» (22).

Se reconoce, en suma, la existencia de formas de garantía personal al margen de la fianza, aunque, como puede deducirse de lo escrito por alguno de ellos, son muy cautelosos al pronunciarse sobre esta cuestión, habida cuenta del temor que manifiestan a que el recurso al principio de autonomía de la voluntad —tantas veces invocado— sea el cómodo expediente para rehuir el nada fácil encuadre sistemático de algunas nuevas figuras de garantía. Así, no en vano pensamos, hablan en muchas ocasiones de *técnicas* de garantía personal, dejando de esta manera siempre a salvo la regulación normativa de la fianza como prototipo de garantía a la que es preciso acudir en todo caso.

A este propósito se sostiene por el sector más receloso a admitir estas formas de garantías que el recurso al principio de autonomía de la voluntad del 1255 del Código civil, para justificar la existencia y admisibilidad en nuestro sistema de las diversas figuras atípicas, debe ser *modelado*, y, particularmente, en esta sede. Así, se argumenta por ellos mismos que un contrato no puede valer nunca por su sola referencia al 1255 del Código civil, ya que este precepto no otorga de modo particular validez a ninguna convención, salvo que se parta del supuesto previo de que no existe en el caso un límite concreto de orden público. A su juicio, la afirmación de que la accesoriedad de la garantía no es de orden público no puede fundarse en el 1255 del Código civil, al igual que la admisibilidad de una hipotética garantía abstracta tampoco podría justificarse en el susodicho artículo por el mero hecho de afirmar-se que la exigencia de causa no pertenece al orden público (23).

(22) Por todos, CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 3 y 208. Puntualiza éste que «afirmar que una determinada garantía personal es fianza no equivale a decir que deban aplicarse todas las normas fideiusorias. En el Código civil no existe una ponderación tal de intereses en presencia que determinen el carácter imperativo de las normas de la fianza».

(23) De la lectura del 1255 del CC afirma CARRASCO PERERA que «se advierte que la norma es de carácter *neutro*: dice que puede pactarse todo salvo aquello que no puede pactarse (orden público, norma imperativa, moral). Se trata de una tautología. Con ello trato de poner de relieve que el artículo 1255 del CC no puede servir como *habilitación de inclusión en el sistema si previamente no se soluciona la cuestión previa del test de orden público*. Un contrato no puede valer simplemente por referencia al artículo 1255, pues este precepto no otorga particularmente validez a ninguna convención. Salvo que se parta —y esto es lo que de hecho se hace— del presupuesto

El estado de cosas en que nos encontramos es que mientras unos constatan «la pobreza del ordenamiento jurídico español» en materia de garantías, otros afirman como contrapartida que las lógicas referencias o apoyaturas doctrinales que puedan hacerse al Derecho comparado en estos supuestos deberán hacerse con cautela y recelo, pues lo que vale en un momento dado para un ordenamiento extranjero no debe valer necesariamente y de la misma manera para el nuestro. Así ocurriría, por ejemplo, dentro del particular ámbito de las garantías con el *contrato puro de garantía* del derecho alemán (*Garantievertrag*), ya que éste tan sólo puede entenderse en su configuración jurídica desde instituciones negociales propias del BGB alemán, esto es, la promesa abstracta de deuda y la delegación no liberatoria (24).

1.3. Algunas consideraciones al hilo de nuestra jurisprudencia.

La garantía personal por antonomasia en el Derecho español es la fianza, y es el carácter accesorio de la misma el que se invoca frecuentemente para diferenciarla, en mayor o menor medida, de otras figuras con las que tiene ciertas semejanzas (25). A este respecto somos de la

previo de que no existe en el caso un límite concreto de orden público. Por tanto, el artículo 1255 no se utiliza de hecho como razón, sino como efecto de un proceso que no puede justificarse en el propio principio de autonomía» (*ob. cit.*, pp. 6 y ss.). En este sentido es concluyente el juicio crítico de CARRASCO cuando afirma que el Tribunal Supremo vuelve a pecar de exceso verbal cuando excluye sin necesidad alguna la calificación de fianza y se remite a un tipo extravagante de contrato en la Sentencia de 24 de noviembre de 1978 (*ob. cit.*, p. 13) ** No estamos —afirma la citada Sentencia— «ante una simple fianza convencional, sino ante un contrato complejo autorizado por el principio de autonomía de la voluntad privada contenido en el artículo 1255 del CC, a cuya virtud la responsabilidad que contrae el avalista excede de la de una nueva fianza».

(24) En líneas generales estamos de acuerdo con CARRASCO en que «por su filiación histórica y por las sociedades en que nacieron y hoy se aplican, los distintos ordenamientos civiles que conviven en el mundo occidental son de por sí cada uno capaces de suministrar una respuesta satisfactoria a cada uno de los temas de controversia que bajo la aplicación de este ordenamiento se desarrollan». Y ya «en el ámbito del Derecho de contratos, el Derecho español es capaz de suministrar, de conformidad con sus técnicas en el sistema interno de la ley, una respuesta adecuada a cada tema de controversia, por novedoso que se presente».

(25) En este sentido GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid 1990, p. 17. El problema estriba en que la accesoriedad «conceptualmente no goza de una formulación unitaria y precisa», aparte de que no sea «nota exclusiva de la fianza, sino también de otras instituciones». Aunque se haya relativizado la accesoriedad de la fianza por algún autor, negándose como cualidad esencial de la misma, no se ha llegado a admitir que se trate de una simple cualidad natural, en el sentido de considerarla como efecto jurídico de posible derogación (GUILARTE ZAPATERO siguiendo a FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.). En este sentido de cierta relatividad conceptual también se ha pronunciado CERDA OLMEDO al decir que se debe desechar el criterio producido por un rígido formalismo

opinión mayoritaria de que en nuestro Derecho positivo el aval es una fianza cuyos matices propios (dentro de la categoría general de la misma) le vienen atribuidos por el carácter cambiario de las obligaciones que garantiza y, frente a la fianza civil, por su naturaleza de obligación escrita y por su incorporación a un título que impiden su conversión en fianza ordinaria (26). De ahí que no sólo sea justificable el que nos permitamos traer a colación alguna sentencia referida al aval cambiario, sino que también ésta sea muy oportuna y congruente para el fin que pretendemos.

En efecto, el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias ha venido acuñando un *concepto amplio de aval cambiario* cuyo efecto más importante ha sido diluir la exigencia de la accesoriedad en la fianza como requisito esencial de la misma al entenderlo como un «contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios» (27). En idéntico sentido el Alto Tribunal en sentencia de 11 de julio de 1983 dio carta de naturaleza a la doctrina moderna que considera el aval «no sólo como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, otorgándosele carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente

contractual entre lo accesorio y lo no accesorio como algo nítido y excluyente entre sí; si permanecemos atentos a la realidad —afirma— veremos que pueden existir garantías personales que presentan distintos grados de accesoriedad o que incluso carecen por completo de ella; a su juicio ni siquiera la fianza es el tipo o modelo más accesorio que pueda concebirse, pues en parte es accesorio y en parte abstracto, ni tampoco la garantía atípica debe ser de modo necesario absolutamente independiente de la relación subyacente (*ob. cit.*, p. 70). En cualquier caso, como principio general, afirmamos con la doctrina más autorizada que el carácter accesorio de la fianza es indubitable, revela un típico carácter auxiliar y nunca es un fin en sí misma (por todos, GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 18).

(26) Por todos, GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, p. 51. Según este autor la nueva Ley cambiaria no impide que pueda insistirse en el carácter accesorio del aval, aun configurado como obligación autónoma de la subyacente y, tendente, con independencia de las vicisitudes de ésta, a asegurar el buen fin de la letra; así se deriva de la propia naturaleza de la función de garantía que aquél desenvuelve y que se sigue manifestando en la exigencia de la existencia y validez formal de la letra garantizada (*ibid.* anterior). Por ello previamente GUILARTE ZAPATERO ha dejado claro que, entre las distintas causas de las que puede hacerse depender la accesoriedad (cuantitativas, genéticas o teleológicas), es precisamente una razón funcional o de cumplimiento de un fin la que explica la misma; y esto por cuanto desempeña un cometido propiamente instrumental reforzando el derecho principal, y da lugar al correspondiente nexo de unión funcional entre obligación de garantía y obligación garantizada (*ob. cit.*, pp. 19 y ss.).

(27) «La doctrina de esta Sala tiene declarado que, además de aquel significado como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, existe un concepto más amplio del aval, en cuanto contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento otorgándole carácter solidario, siempre que se contraiga en términos generales y sin pactar expresas limitaciones (Ss. de 18 de febrero de 1952, 15 de noviembre de 1967 y 7 de diciembre de 1968)» (*cf.*: Sentencia de la Sala 1.^a del TS, de 21 de marzo de 1980).

se derive del acto o convenio avalado» (28). Comparto en este punto la opinión que estima que el Tribunal ha seguido aquí un criterio valorativo del aval, en el que se da mayor importancia a la finalidad del mismo que a la forma en que la declaración de garantía se ha realizado (29).

En palabras del mismo Tribunal Supremo esta «garantía personal atípica tiende a superar la rigidez de la accesoriedad», y esgrime a su vez el 1255 del CC en apoyatura de la construcción de esta figura (tal y como reseñamos en otro lugar más arriba), lo cual es criticable por cuanto se entiende que el mismo artículo no puede servir ni como *habilitación de inclusión* dentro del sistema legal ni tampoco para otorgar particularmente validez a ninguna convención (30).

Ha sido precisamente a propósito de la sentencia mencionada de 1983 cuando se ha apuntado la posibilidad, o más bien la conveniencia, de «una intervención del legislador que remodele la figura típica de la garantía personal», esto es, la fianza. Se ha señalado asimismo por esta doctrina —que tal vez sea la más autorizada— que la figura de la fianza es demasiado *dura* (en su forma habitual de fianza solidaria) con el garante amistoso y desinteresado en las operaciones de financiación de bienes de consumo de sus familiares y allegados, y quizá demasiado *poco operativa*, en ocasiones, cuando son los intermediarios financieros quienes prestan a buen precio su aval (31).

Con todo, mientras para unos esta aportación jurisprudencial acerca de la *garantía personal atípica* se les antoja censurable, para otros no deja de tener visos de meritoria. Así, para estos últimos, el meollo de la doctrina asentada no sólo les parece *acertado*, sino también *sensible* a las multiformes manifestaciones de la vida de los negocios (necesitada como está de una continua actualización jurídica a través de unos cauces jurídicos adecuados), y, *valiente*, por cuanto que dichas sentencias proponen unos horizontes más amplios a los ya conocidos, representando un fuerte reto para la doctrina de las garantías personales (32). Por el contrario, para sus detractores,

(28) La Sentencia se refiere aquí al supuesto en que «la garantía se preste con plena amplitud, es decir, contraída en términos generales y sin pactar expresas limitaciones, puesto que la calificación inicial de toda relación jurídica, como es bien sabido, se produce a través de la identificación del tipo contractual al que pertenece, (...) y en el caso de que no se produzca debe enmarcarse dentro del ámbito que corresponda, lo que conduce en el presente caso a considerar el aval de que se trata, por el aspecto de la *función económica* en que fue concebido y conforme a la identidad de su propia estructura jurídica, (...)» (Considerando 5.º).

(29) Es opinión de SÁNCHEZ-GUILARTE, *Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica»*, RDBB, 1985, p. 188.

(30) Es opinión de CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 6 y ss.

(31) Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, *Cuadernos CJC*, n.º 3, 183, p. 871.

(32) *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pp. 870 y ss. «Representa —a su juicio— un fuerte reto para la doctrina, en este ámbito de las garantías personales, tan vivo en la práctica y tan descuidado en nuestra bibliografía». En un sentido general apunta también muy acertadamente que «habrá que atender a la fijación precisa de las figuras que en la práctica surgen con contornos borrosos, integrándolos adecuadamente en nuestro sistema jurídico». Es lo que nosotros hemos denominado *materia gris* de las garantías personales.

en modo alguno puede justificarse la necesidad de dicha construcción doctrinal, y no dan por aceptable ninguna de las consideraciones jurisprudenciales de las que se haya hecho mención (33).

En un momento del transcurso de esta polémica, no abierta nunca formalmente, se puede llegar a entrever cómo llegan a tergiversarse las razones alegadas en pro y en contra, y, como tal vez ocurra en muchas ocasiones, se hace decir al *oponente* lo que en ningún caso se ha llegado a sostener o ni tan siquiera a insinuar. Así, los defensores de la postura jurisprudencial llegan a afirmar que a nadie se le puede escapar el riesgo de la utilización retórica del *aval en sentido amplio* o del *contrato atípico de garantía personal* para eludir, sin control posible, las reglas del contrato típico de fianza. Pero lo que éstos nunca llegan a aseverar, y que sin embargo sí se les atribuye, es que en ningún modo «queda claro cuál es el efecto y la naturaleza de este particular contrato de garantía» (34). Al contrario, y como hemos apuntado en otro lugar, a aquéllos el núcleo fundamental de la doctrina jurisprudencial reseñada les parece no sólo *acertado*, sino también *sensible* a las fluctuaciones de las cambiantes formas de la vida de los negocios y, además, *valiente*, por

Asimismo para SÁNCHEZ-GUILARTE la solución adoptada por el TS le parece adecuada y justa. A su juicio «que un avalista cambiario, que en cuanto tal responde de una obligación de pago, pueda llegar a verse liberado de toda responsabilidad por la omisión en la letra de un requisito formal que en ninguna medida afecta a la existencia de tal obligación de pago ni a la correspondiente responsabilidad subsidiaria, indicaría, en nuestra opinión, que a causa de una *sacralización jurídica* de la forma se llega a una solución injusta» (*cf. ob. cit.*, pp. 199 y ss.).

(33) Por todos, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 12 y ss. Su razonamiento es éste: «El problema es tan simple como saber si un aval prestado en una letra de cambio en la que no figuraba el nombre de la persona a cuya orden se mandaba pagar y la posterior inclusión del crédito del librador en la quiebra del aceptante liberaban al fiador». A su juicio «ciertamente el aval podía ser considerado nulo si lo era la obligación cambiaria avalada (artículo 444.3 del Código de comercio), pero para la validez extracambiaria de la garantía no era preciso acudir a la figura del aval en sentido amplio. Bastaba inferir de la lectura del documento perjudicado que el avalista había contraído una obligación como fiador de las obligaciones extracambiarias. Podía entonces hablarse de falta de accesoriedad cambiaria, pero no de falta de accesoriedad fideiusoria».

(34) Personalizando puede decirse que son las posturas discrepantes de DELGADO ECHEVERRÍA y CARRASCO PERERA en las obras ya referidas. A mayor abundamiento y a propósito del *riesgo* mencionado, DELGADO ECHEVERRÍA sostiene, atinadamente a mi juicio, que, «fuera de los casos en que leyes y aun normas de rango inferior regulan o aluden a “avales” de muy variada índole (y muy necesitados de estudio), la evocación de la idea abstracta de *tipicidad social* —sin pormenorizada descripción de los hechos sociales típicos, que habrá que reconducir, en definitiva, a los usos (del comercio o no): artículos 1258 y 1.3 del Código civil— no es garantía suficiente contra el indicado riesgo» (*ob. cit.*, p. 870 y ss.).

cuanto propone nuevas perspectivas en un terreno tan vivo en la práctica y, a su vez, tan descuidado por la doctrina (35).

2. La garantía personal como relación u operación jurídica compleja.

Otro caso útil para nuestro estudio nos lo ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989. El supuesto de hecho sucintamente expuesto es el siguiente: una entidad suscribe con una compañía de seguros una póliza en garantía de la ejecución de un contrato de obra de suministro. La compañía se compromete a pagar al beneficiario, de inmediato y contra la presentación de una simple petición por escrito, cualquier cantidad hasta el importe total de la garantía estipulada sin restricción de ningún tipo. En las condiciones generales del seguro se establece que «el siniestro se entiende producido cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o

(35) A mi parecer DELGADO ECHEVERRÍA en este punto pretende mantener un equilibrio que es necesario enjuiciar teniendo en cuenta estas dos consideraciones que hace al respecto. La primera, de carácter general y que es la que aquí más nos interesa, es que las consecuencias jurídicas se hacen derivar o se miden de acuerdo con la voluntad implícita en un concreto comportamiento negocial, según se desprende de la Sentencia de 11 de julio de 1983; de este comportamiento surge una *garantía personal*, la obligación de *responder del crédito*. Podría, a su juicio, leerse el resto de la sentencia del siguiente modo: nada obsta, en nuestro ordenamiento, a que se admita un contrato atípico como el descrito; en el campo de las garantías personales hay una gran variedad de figuras, aludidas por ciertas leyes algunas, surgidas otras de la práctica, además del aval cambiario y la fianza. Nada, concluye, habría que oponer a esta doctrina.

Pero la sentencia afirma o sugiere, y ésta es la segunda consideración, algo más: hay un contrato de garantía con tipicidad (no legal, sino social), que se identifica (si no entiendo mal la sentencia), con el *aval solidario amplio*, que no es aval cambiario, ni fianza (tampoco fianza solidaria), ni asunción cumulativa de deuda. El problema crucial en este planteamiento, a su juicio, es el de definir en qué consiste este *aval amplio* y en qué se diferencia de la fianza. Diferenciación en el doble plano del supuesto de hecho negocial (las declaraciones o, acaso, la declaración unilateral de voluntad) que le da vida; y de la disciplina de las relaciones nacidas de aquél. (En el primer aspecto, las preguntas serían del siguiente tenor: ¿bajo todo aval cambiario subyace un «aval en sentido amplio», cuya operatividad se pondría de manifiesto, sobre todo, al perjudicarse la letra por cualquier causa?; ¿siempre que, fuera del documento cambiario, se expresa la voluntad de «aval», o se utiliza este término, estamos en presencia del «tipo social» de «aval en sentido amplio»?; ¿juega en esta calificación la naturaleza mercantil de la obligación garantizada, o el carácter de comerciante del avalista, o las relaciones que median entre éste y el avalado?; ¿qué criterios, en definitiva son relevantes para esta calificación? En el segundo aspecto (de la disciplina negocial), las cuestiones serían, por ejemplo: ¿tiene o no la obligación del avalista los caracteres de accesoriadad, subsidiariedad, independencia, solidaridad, ...?; ¿cómo se regula el derecho de regreso y subrogación?; ¿qué excepciones puede oponer el avalista?; ¿*quid iuris* ante una pluralidad de avalistas? En general, ¿qué preceptos —si hay algunos de la fianza regulada en el CC— se aplican a esta figura? (*cf. ob. cit.*, pp. 869 y ss.). Pero estas cuestiones, si bien interesantes, tan sólo tocan tangencialmente la cuestión que aquí tratamos.

parte de las cantidades garantizadas (artículo 11), quedando autorizada aquélla para efectuarlo sin necesidad de que el contratante mostrara o no su conformidad, sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago era o no justificado, ni si el contratante había de hacer después alguna objeción a este respecto o interponer las acciones que le correspondieran (artículo 12)» (36).

Entiende en esta ocasión el Alto Tribunal que nos encontramos «ante una *operación compleja* que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza (...), por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentario (...). En definitiva, concluye, parece claro que «no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra *garantía* el sentido de la obligación accesoria de la fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, para la que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1255 del Código civil y concordantes sobre los efectos de las obligaciones».

En último lugar se afirma que la obligación de la compañía de seguros es de *carácter abstracto*, en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre las partes intervinientes en el contrato de obra. «No entenderlo así quebranta la buena fe y la lealtad mercantil y los artículos 1258 del CC y 57 del CCo, pues la póliza, cual se ha explicado, sustituye a la retención (de un tanto por ciento sobre el importe total de la obra terminada) para producir su mismo efecto y lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumpléndose lo pactado de no hacerse así (...）」 (37).

Sucintamente expongo ahora alguno de los problemas que la reiterada sentencia suscita un tanto desordenadamente y sin aparente conexión entre sí:

a) Se nos habla de una *operación o relación jurídica compleja* (relación de base, de provisión y de garantía). Tenemos un contrato de seguro de caución donde antes existía una fianza; se nos remite al cré-

(36) *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989. En ella se recogen las condiciones generales 11 y 12 de la póliza suscrita, que son reproducción literal de los artículos 11 y 12 del Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros, de 17 de marzo de 1981 (BOE de 7 de abril de 1981).

(37) *Cfr.* Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989, Fundamento de Derecho 2.º. Según CERDA OLMEDO esta sentencia es de una gran riqueza doctrinal y perfección técnica, viniendo a subrayar que la emisión de la garantía independiente tiene un significado peculiar en el marco de la relación triangular en que debe enmarcarse, equilibrando los intereses de los individuos intervinientes (*cf. ob. cit.*, pp. 221 y ss.).

dito documentario y se cualifica la relación de garantía como *carta de crédito*. La mención explícita de *formas contractuales* en el texto de la sentencia es considerada de singular interés porque obliga a plantear al intérprete (ya que el propio Tribunal Supremo no lo hace) un doble problema: en primer lugar, el de la concurrencia de la fianza con otros modelos contractuales, y, en segundo lugar, el de la construcción del contrato de garantía no accesoria a partir de otros modelos contractuales como, por ejemplo, el crédito documentario (38).

b) En esta sentencia la fuerza vinculante de esta *relación jurídica compleja* se hace recaer en el principio de libertad de contratación del 1255 del Código civil y concordantes. A este propósito conviene recordar la opinión de los que sostienen que en este caso el TS actúa como si dicho artículo fuera una *cláusula de inclusión de validez*, sin proceder previamente, como sería deseable, a aplicar el test de orden público (en este caso, de la accesoriidad de las garantías). Parece darse a entender de esta manera que debe renunciarse al prurito de crear nuevas formas contractuales al amparo del principio de libertad de contratación, sin antes haber agotado a conciencia todas las posibilidades que virtualmente contiene la fianza en los textos legales vigentes (39).

c) La obligación de la compañía de seguros es tildada como de carácter abstracto, esto es, como independiente del contrato inicial de la que trae causa. Vemos así como la garantía se desvincula de la accesoriidad, pudiéndose hablar en un sentido genérico de *garantía independiente* (40).

(38) Por todos, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 16. Es particularmente interesante subrayar que es ahora el mismo CARRASCO quien admite aquí la posibilidad de construir un contrato de garantía atípico, después de las reticencias manifestadas con ocasión de otros textos de la jurisprudencia.

(39) Por todos, CARRASCO PERERA, que por otro lado parece dudar de lo afirmado anteriormente cuando sostiene que «el TS pudiera haber evitado preguntar (y responder) por la existencia de garantías personales atípicas si hubiera cuestionado dentro del tipo de la fianza cuál es el máximo de normas excluibles en virtud del principio de autonomía» (*ob. cit.*, p. 15). Creo entender que CARRASCO piensa que se produce una antinomia a este respecto: así, por el modo en que el TS resuelve este caso tenemos que deducir que las normas de la fianza son típicamente imperativas (v. gr. referencia que hace a la excusión) pero tan sólo dentro del contrato de fianza, mientras que las normas de 1822 al 1856 del CC serían dispositivas dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico español.

(40) Aunque tal vez este término pueda dar lugar a equívocos. CERDA OLMEDO hace en este sentido una aclaración: «la sentencia habla de independencia de la garantía frente al contrato inicial, cuando en realidad la independencia debe predicarse de la relación inicial, toda vez que aquel contrato inicial pueda no existir o ser radicalmente nulo y emitirse la garantía que cubre al beneficiario también del riesgo de nulidad». A su juicio «la independencia de la garantía se desenvuelve no sólo de la relación inicial o de base sino también de la relación de apertura de crédito (o de provisión), y las excepciones que deriven de esta última tampoco son oponibles por el garante al beneficiario» (*ob. cit.*, p. 225).

d) En este supuesto la garantía personal pactada sustituye eficazmente a una retención de dinero que, de otra forma, el acreedor garantizado conservaría en su poder. Y es que como se ha señalado esta garantía atípica sustituye con ventaja al viejo depósito improductivo de dinero, como medio de garantía absolutamente seguro y líquido, pero que exige ser pagadera a primer requerimiento, como hemos señalado (41).

Por lo que hasta la fecha conocemos del desarrollo ulterior por parte del Tribunal Supremo de cuestiones relacionadas con la garantía atípica o autónoma puede concluirse, según algunos, que, o bien cae el mismo Tribunal en contradicción con la doctrina anteriormente expuesta, o bien sus resoluciones suponen un claro exponente de confusión e ignorancia sobre sus principios precedentes (42). Sin embargo, en líneas generales, tal opinión nos parece un tanto exagerada, y preferimos afirmar con criterio más ecuánime que, muy posiblemente, las últimas y más significativas afirmaciones en esta materia por parte del TS no contradicen en ningún caso lo anterior, aunque también pensamos que la técnica utilizada es más bien deficiente y deja mucho que desear (43).

3. Corolario: garantía personal atípica y fiadores profesionales.

Como cuestión un tanto marginal merece la pena apuntar que son los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías personales no accesorias. Estos, en todas sus operaciones, desean eliminar los costes de inseguridad y litigiosidad que resultan del derecho-carga (arts. 1840 y 1853 del CC) de oponer excepciones derivadas de relaciones básicas entre el deudor y el acreedor. El interés

(41) Cfr. CERDA OLMEDO, *ob. cit.*, p. 223.

(42) Por todos CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 17 y ss. Se refiere aquí particularmente a la función que desempeña la cláusula a primer requerimiento o a primera demanda, tratada entre otras sentencias del TS en la de 2 de octubre de 1990.

(43) A este respecto nos parece oportuno traer aquí algún comentario de CERDA OLMEDO al hilo de la Sentencia de 2 de octubre de 1990, relativamente reciente, que en sí misma considerada no aporta nada nuevo, a no ser la mera constatación de que no contradice la doctrina anterior. A su juicio «la garantía independiente únicamente será admisible si lo consiente su función típica, adecuándose a ella, como medio jurídico idóneo para su realización, en armonía con el juego de intereses subyacentes, fuera de los cuales sería una figura exótica e inconcebible, debiendo evitarse, en todo caso, que su emisión determine una anomalía en el sinalagma de la relación de base, una desproporción evidente de las prestaciones de los interesados». Por otra parte se afirma que «ni la garantía (de la que se habla en la sentencia) desnaturaliza la fianza, que son cosas bien distintas, cada una con sus rasgos particulares, en armonía con su función, ni tiene nada que ver con el reconocimiento de deuda ni con el aval; simplemente la garantía deviene inaplicable, en el caso de autos, y la sentencia no contradice la doctrina» elaborada por el TS en sus sentencias de 21 de abril de 1989 y de 14 noviembre de 1989, entre otras (*ob. cit.*, p. 233 y ss.).

del fiador profesional no es poder aprovecharse de las defensas y objeciones que, frente al acreedor, pudiera utilizar el deudor, sino, al contrario, desentenderse de ellas y pactar con el deudor que el riesgo de un pago *indebido* al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones al fiador en vía de regreso. En consecuencia, el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad sino además las cargas asociadas a la promoción de un litigio (44).

Todo ello nos suministrará un criterio de interpretación de las reglas de la fianza, cuando tengamos que recurrir a ellas, acorde con la realidad social y el tiempo en que las mismas deban ser aplicadas. En efecto, no cabe pensar que el contrato de garantía no accesoria (garantía atípica) debe ser preterido o restrictivamente interpretado, dado que hace más onerosa la condición del fiador. Al contrario, es la condición del deudor la que resulta agravada. En consecuencia, no tiene sentido conceder al fiador en sede de este contrato cualesquiera ventajas, restricciones o excepciones que al fiador no le interesan en modo alguno, siendo como es el primer interesado en que la fianza no resulte accesoria. A todas luces podemos concluir que la garantía personal no accesoria constituye un régimen favorable para el fiador profesional (45).

Bajo la ambivalente terminología que se utiliza en los formularios de las entidades profesionales de crédito (*avales, fianzas, cauciones,...*) suele incluirse la *cláusula de pago a primer requerimiento* (46). Especial atención vamos a prestar a cuál es el juego de esta cláusula dentro de la especificidad del seguro de caución. La especialidad depende en buena medida de la noción peculiar de *siniestro* dentro de la caución como más adelante veremos.

(44) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(45) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 10 y ss.

(46) Bajo esta cláusula el fiador se obliga a pagar a primer requerimiento del acreedor, sin necesidad de obtener la conformidad del deudor, y sin que el fiador pueda entrar a considerar la procedencia o no de la petición hecha por el acreedor. El banco, en su caso, lo que hace es pactar con el deudor la exclusión del artículo 1840 y, en general, cualquier defensa del deudor que éste pudiera alegar con base en la relación obligatoria que le vincula con el acreedor (cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.). Como curiosidad conviene saber además —como señala CERDA OLMEDO— que en USA es frecuente «que muchas garantías a primera demanda se emiten por las compañías de seguros, y no por las entidades bancarias, como suele ocurrir en Europa, porque, en efecto, si con la garantía a primera demanda se pone el beneficiario a cubierto de los riesgos atípicos, la analogía de la garantía con el contrato de seguro, en especial con el seguro-caución, parece evidente, haciéndose de aquélla una variante o modalidad de éste» (*ob. cit.*, p. 87).

D. GARANTÍA PERSONAL BAJO FORMA DE SEGURO DE CAUCIÓN

1. *Prestación de la garantía y elementos singulares del seguro de caución.*

Como hemos comprobado se viene poniendo de manifiesto la rápida creación de nuevas formas de garantía personal por los agentes titulares del tráfico mercantil (mayoritariamente los intermediarios financieros), y, al mismo tiempo, se ha hecho notar con acierto la utilización creciente de instituciones jurídicas inicialmente ajenas al campo de las garantías personales. Todo ello nos permite poner de relieve la insuficiencia de las previsiones legislativas así como la inadecuación de gran parte de las normas que se refieren a la fianza (47).

De ahí que se venga discutiendo desde hace algún tiempo, merced precisamente a la atipicidad reinante en este terreno, el margen que puede tener la admisibilidad de ciertas figuras de garantía ajenas a nuestro sistema jurídico —como el *contrato puro de garantía*—, a la vez que se trata de profundizar en la determinación del régimen jurídico que pueden revestir toda una serie de formas atípicas de garantía utilizadas en la práctica y compatibles con los principios de nuestro ordenamiento jurídico interno (48).

A este respecto, antes que cualquier otra cosa, conviene recordar que ha sido en el seno de la doctrina italiana donde se ha conceptualizado mayoritariamente al seguro de caución como una modalidad particular de garantía personal. No ocurre lo mismo dentro de nuestra doctrina, donde parece dominante la tendencia a encuadrar el seguro de caución en el ámbito del contrato de seguro. Tal parece que sería el criterio lógico y natural en razón de su regulación específica dentro de la LCS (artículo 68), a partir de la reforma de 1980 (49). Sin embargo existen discrepancias y matices notables que pondremos de manifiesto (50).

(47) Cfr. EMBID IRUJO, *Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución*, La Ley, 1990, vol. II, p. 200.

(48) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, anterior, p. 200.

(49) El artículo 68 de la LCS dice así: «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

(50) Son voces discrepantes: FONT GALÁN, *Natura e disciplina giuridica delle polize fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, Assicurazioni, 1976, I, pp. 216 y ss.; FONT I RIBAS, *Cuardenos CCJ*, Comentario a la Sentencia del TS de 16 de febrero de 1983; EMBID IRUJO, *El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley, 1986, pp. 1064 y ss.

Vamos a ocuparnos ahora expresamente de los problemas que plantea el seguro de caución dentro del amplio campo de las garantías personales, y, muy en particular, de su estrecha conexión con el contrato de fianza. Para ello nos serviremos de la exposición crítica de algunas sentencias, pero sin olvidarnos que la jurisprudencia en esta materia no está exenta de perplejidades, circunloquios y dudas, que, en la medida de nuestras posibilidades, intentaremos sistematizar lo mejor posible.

Un ejemplo de esta perplejidad lo tenemos en la Sentencia de 21 de abril de 1989. Ni la terminología utilizada ni los conceptos parecen ser los más convenientes. Sin ir más lejos se observa cómo se sustituye la referencia a la *indemnización* (a satisfacer por el asegurador en caso de siniestro) por la expresión *prestación de garantía*. Este circunstancia es por sí sola reveladora de la singularidad del seguro de caución, al menos desde el punto de vista de la dogmática aseguradora, y además nos muestra la penetración de la finalidad con la que se utiliza en la práctica en los propios razonamientos judiciales (51).

Tal y como parece deducirse del texto de la sentencia, teoría y praxis pretenden ir de la mano, pero sin haber atendido antes a las disfunciones que este hecho ha ocasionado. De este modo (y estamos ante una perplejidad) para nuestros Tribunales no se plantea aquí problema alguno por el hecho de adscribir el seguro de caución dentro del marco general del seguro de daños —que se caracteriza por el carácter indemnizatorio estricto del daño ocasionado— y, simultáneamente, catalogarlo como una *forma de garantizar obligaciones ajenas*, circunstancia que, *prima facie*, se revela incompatible con el funcionamiento del sinalagma asegurador (52).

(51) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 200 y ss.

(52) Así se deduce al menos de la Sentencia del TS de 21 de abril de 1989, a juicio de EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 200. En este sentido ya había adelantado unos años antes MENÉNDEZ MENÉNDEZ que «justo es reconocer que *la instrumentación técnica del seguro* está llegando a supuestos en los que palidece la valoración objetiva del daño o la incertidumbre en el sí y el cuándo del evento. Bien conocidas son en este sentido las dudas y discusiones doctrinales acerca de la fuerza o de la quiebra —según se quiera ver— del principio indemnizatorio en algunas modalidades del seguro en franco desarrollo, como sucede con el seguro de beneficio esperado, el seguro de valor convencional (póliza estimada), y especialmente en el seguro de valor a nuevo, en el que la aproximación a un seguro de amortización de bienes que se insinúa en algunos supuestos hace desaparecer prácticamente la nota de incertidumbre, y con ella, la idea de riesgo. En otros casos, como sucede con el seguro de caución contemplado ahora en el artículo 68 de nuestra ley, es muy dudosa la existencia de un daño en sentido propio, hasta el punto de que una buena parte de la doctrina viene defendiendo que, tanto por su función económica como por su finalidad práctica, se trata, más que de un contrato de seguro, de un contrato de fianza», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, p. 100.

Nuestra atención sobre la sentencia de 1989 persigue discernir cuál es el encuadramiento de la *garantía pactada* en el ámbito del seguro de daños bajo la modalidad específica del seguro de caución, así como determinar el significado de los principios de aquél (del seguro de daños) en relación con la función de garantía que la figura analizada persigue (53).

En primer lugar, tanto para el Tribunal Supremo como para la Audiencia Territorial de Madrid que estudió el caso, no ofrece dudas el encuadramiento de la caución dentro del sector asegurativo (54), como puede colegirse de la aceptación pacífica del *nomen iuris* otorgado por las partes, de la terminología específicamente aseguradora que impregna la póliza y de la intervención, en fin, de una entidad aseguradora como prestadora de la garantía, según indica la parte dispositiva del fallo de la sentencia. Esta circunstancia modula singularmente el juego de los principios del seguro de daños, lo que, en ocasiones, lleva a hacernos dudar de la exactitud de la calificación jurídica otorgada a la caución (55). Por ser esta una cuestión de fondo vamos a referirnos a continuación a los elementos más característicos que intervienen en el mismo, pero a la luz de las consideraciones que la entienden como una modalidad de garantía personal. Estos elementos son los siguientes: los sujetos intervinientes, el riesgo, el siniestro y la producción del daño. Veamos cada uno de ellos.

(53) En esta Sentencia se contempla la venta de un solar por su propietario a una sociedad constructora, cuya contraprestación consiste en entregar al vendedor una tercera parte, aproximadamente, de la obra realizada en el solar. Interviene una entidad aseguradora que emite una póliza de crédito y caución por encargo de la constructora, que actuaba como tomador, y en favor del vendedor (asegurado). En dicha póliza se hacen constar los riesgos cubiertos por la aseguradora que, según el Supremo, «darían lugar a la prestación de la garantía y abono al asegurador de la cantidad convenida» (fundamento 1.º). La póliza se emite a fin de cuentas con la finalidad de cubrir el supuesto de incumplimiento de la obligación de la entidad constructora frente al asegurado. Tal incumplimiento acontecería (tal y como se consigna en la póliza) por el hecho de no terminar definitivamente las obras de construcción del edificio en el plazo previsto, por haberse declarado en quiebra, por solicitud de suspensión de pagos o por estar afectada la obra en construcción o ya construida por traba o embargo decretado por la autoridad judicial o fiscal.

(54) En este sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 20 de febrero de 1988 señaló que «el contrato de seguro pertenece a la variedad de seguro de caución, carente a la sazón de regulación legal y al que no es aplicable la vigente Ley de contrato de seguro, pero que entonces por construcción doctrinal y hoy por determinación legal, es una modalidad del seguro de daños, por lo que eran aplicables las normas generales de esta clase de seguros y entre ellas, la que prohíbe que el seguro de daños pueda ser fuente de lucro o enriquecimiento, cualquiera que sea la prima pactada o la valoración que en origen se fijara al interés asegurado, cuya suma máxima no puede en ningún caso superar el valor de la cosa expuesta al riesgo. Seguro de concreta cobertura de riesgos naturalmente sentidos lo denomina la doctrina».

(55) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 202.

Por cuanto se refiere a los *elementos personales* es claro que en la póliza de todo seguro de caución intervienen tres sujetos: tomador, asegurador y asegurado (56), lo cual no es sino mero reflejo formal de la configuración del mismo en el artículo 68 de la LCS como un seguro por cuenta ajena. Pero tal y como viene poniéndose de manifiesto por la doctrina no se ve, *en teoría*, ningún obstáculo para que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor (57). Esto nos lleva de la mano a concluir que esta presencia de tres sujetos, superflua desde el punto de vista asegurador, pone de relieve la utilización del seguro de caución como vehículo de otorgamiento de una garantía. De ahí que sea acertado apuntar que el tomador, el asegurador y el asegurado se corresponden *funcionalmente* con el afianzado, el fiador y el acreedor (beneficiario) de la fianza (58).

En cuanto se refiere al *riesgo* (59) la LCS especifica que éste se verifica *en caso de incumplimiento*, distinguiéndose así con claridad del riesgo cubierto por el seguro de crédito, esto es, *la insolvencia definitiva* (60). Como se ha subrayado este *incumplimiento* se trata de un *concepto jurídico*, cuyo principal problema que plantea es el de determinar cuándo el riesgo se verifica y se convierte en siniestro. Pero tan sólo determinando previamente la naturaleza del riesgo puede concretarse

(56) Según la Sentencia estos sujetos son, de una parte la empresa constructora, deudor por razón de la compraventa efectuada, que asume el papel de *tomador*; por otro lado, el vendedor, acreedor en la relación subyacente (como expresamente la califica el TS), en cuanto *asegurado*; y, finalmente, la *empresa aseguradora* que da cobertura al riesgo de incumplimiento de la obligación del tomador frente al asegurado.

(57) Por todos, OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 880. A pesar de que según el esquema legal el seguro de caución será siempre por cuenta ajena y, en contra de lo que establece el art. 7 de la LCS, el tomador no podrá contratarlo por cuenta propia.

(58) También se pueden establecer similitudes con el donante, el garante y el beneficiario dentro del denominado contrato puro de garantía del Derecho alemán o con las garantías a primera solicitud de la práctica internacional más reciente.

(59) El riesgo prevenido consiste en el incumplimiento de la empresa constructora de su obligación frente al vendedor del solar. Pero tal incumplimiento se deduce no sólo del transcurso del plazo fijado sino también de la realización de una serie de hechos, entre los que se establece —como luego aconteció en la realidad— la solicitud de suspensión de pagos. Podría entenderse, según EMBID, que la simple solicitud de suspensión de pagos no impide el cumplimiento ulterior; tal posibilidad, sin embargo, no es ni siquiera considerada por el alto tribunal, ya que constituía un *riesgo independiente* del transcurso del plazo, por lo que su producción «originó la posibilidad de exigencia al asegurador (acreedor) de la prestación de garantía» (Fundamento de Derecho, 5.º) (*cf.* EMBID, *ob. cit.*, p. 203).

(60) El artículo 69 de la LCS dice así: «Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores».

su acaecimiento (61). Además aquí el legislador se ha limitado a enunciar el riesgo dentro de este contrato —*incumplimiento de obligaciones*—, pero sin detenerse a definir qué sea este incumplimiento y cuándo se considera que éste existe como tal, introduciendo de este modo un margen de confusión y de ambigüedad notables por la pluralidad de significados que el vocablo *incumplimiento* puede reunir. Y es que dentro del concepto amplio de *incumplimiento* caben diversos grados, a saber: a) la falta de prestación en tiempo, pero susceptible de realizarse ulteriormente (retraso, mora); b) la prestación incompleta; c) la prestación defectuosa; d) la falta absoluta y definitiva de prestación (incumplimiento en sentido propio) (62). En suma, puede concluirse diciendo que la LCS parece haber complicado las cosas al introducir el término *incumplimiento*, y al hacer al tomador responsable de todo pago hecho por el asegurador, lo que significa que puede convertirse al deudor en responsable de unos daños que no le serían imputables conforme a derecho (por ejemplo, en caso de fuerza mayor) (63).

Por lo que se respecta a la producción del *siniestro* y consiguiente valoración del daño, habría que apuntar que la comprobación del siniestro debería limitarse, teóricamente, a la *prueba* del incumplimiento, que como acabamos de ver constituye el riesgo prevenido por el seguro de caución. Siendo esto así, conviene saber que la mayor parte de las modalidades de este seguro que se practican en nuestro país aparecen caracterizadas precisamente por obviar el trámite citado, y optan por *presumir* la producción del riesgo con el simple requerimiento del asegurado ante la compañía de seguros en demanda de la indemnización del daño ocasionado (64). Con ello se hace depender de la *libre apreciación del asegurado* la existencia del incumplimiento, y se sitúa a la compañía de seguros ante un deber cuasi automático de pago, ya que, por regla general, las pólizas no le permiten oponer excepción alguna al requerimiento de pago formulado por el asegurado (65).

(61) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 875.

(62) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, p. 876. Pone de manifiesto como todo incumplimiento supone desde el lado activo de la relación obligacional la insatisfacción del derecho del acreedor y es en sí mismo un hecho perfectamente objetivo. Sin embargo, desde el lado pasivo, solamente podrá hablarse de incumplimiento cuando el deudor haya infringido el deber jurídico que le atañe en virtud de un comportamiento subjetivo que le sea imputable y del que resulte responsable.

(63) Cfr. *Ibid.* anterior, p. 877.

(64) Cfr. por ejemplo art. 9 póliza de seguro en garantía de licitación de contratos; art. 9 póliza seguro en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro; art. 9 póliza seguro en garantía de obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras; art. 9 póliza de seguro de fianza a favor de la Administración.

(65) «Por esta vía, el seguro de caución ha pasado a formar parte, como un ejemplo más, de la categoría de las llamadas garantías a primera solicitud, caracterizadas por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes de la obligación garantizada. Su encaje en un ordenamiento predominantemente causalista, como el español, no deja de plantear problemas» (cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 204). También puede verse FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

En la Sentencia del TS de 21 de abril de 1989 se afirma que una de las bases del convenio suscrito por las partes viene a indicar expresamente que bastaría el *requerimiento* a la empresa aseguradora "al pago de la indemnización para que ésta deba verificarlo". Parece configurarse aquí el siniestro de una forma similar a la establecida de modo genérico por nuestra práctica aseguradora. Resulta sorprendente, sin embargo, que esta mención de la cláusula sea entendida por el TS como la concesión «al asegurado de una acción directa contra la aseguradora para reclamarle *la prestación de la garantía* que el seguro significa» (66).

El hecho de que la aseguradora deba pagar sin más ante la petición del asegurado no guarda conexión con el significado de la acción directa en el seguro, y más en particular, en el marco del seguro de responsabilidad civil. De seguirse la opinión del TS, se daría la paradójica consecuencia de que sólo en aquellos seguros equiparables al de caución habría una *acción directa* del asegurado frente al asegurador, lo que, como es notorio, contraviene la realidad del sector (67).

Después del siniestro es necesario determinar el *daño* realmente producido, a efectos de fijar la correspondiente indemnización. Como recuerda la LCS vigente, «el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro» (artículo 26 LCS). En el supuesto de la Sentencia de 21 de abril de 1989 la aseguradora alegaba (sobre la base de los arts. 397, 405 y 407 CCo ya derogados) la necesidad de que el asegurado justificase el daño producido a fin de que el seguro no le proporcionaría ningún tipo de beneficio. Sin embargo, el TS rechaza de plano la argumentación y entiende que la simple producción de uno de los riesgos prevenidos (en este caso, la solicitud de suspensión de pagos por la empresa constructora) determina inexorablemente «la prestación de la garantía por parte de la aseguradora», sin ulteriores averiguaciones ni peritaciones en torno al daño producido (68).

Un resultado similar en el marco del seguro de daños sólo puede producirse como consecuencia de la utilización de las *pólizas tasadas o estimadas* del art. 28 de la LCS. Suponen éstas una peculiaridad dentro del principio indemnizatorio, y, por ello, la Ley rodea su manejo de ciertas cautelas. Su utilización viene a ser dentro del seguro de caución una práctica habitual. La propia Ley parece referirse a ellas cuando alude en su art. 68 a que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado «a título de resarcimiento o penalidad» los daños patrimoniales sufridos. Como se ha puesto de relieve resulta extraña esta frase porque toda in-

(66) Cfr. Sentencia citada, Fundamento jurídico 13.º.

(67) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 204 y ss.

(68) Cfr. Fundamento Jurídico 9.º de la Sentencia mencionada. Puede verse, asimismo, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 205.

demnización tiene carácter de resarcimiento, aunque la diferencia apuntada en el precepto parece consistir en que la indemnización cubra efectivamente los daños patrimoniales sufridos o que éstos se tasen con carácter previo. En éste último caso, el pago de la indemnización por el asegurador equivale a la satisfacción de una *pena convencional*, que sustituye al resarcimiento de los daños efectivamente sufridos. En otras palabras, la determinación del daño y el importe de la indemnización se establecen aquí en función del valor que al *interés asegurado* fijen de común acuerdo las partes (póliza estimada del art. 28 por excepción a lo dispuesto en el art. 26, y no al 25, como erróneamente se dice en el primero de los artículos citados). En definitiva, nos encontramos en este supuesto con una valoración anticipada y bilateral del daño (69). Nos detendremos en estas pólizas un poco más adelante.

La valoración previa del daño que hace el TS en la Sentencia referida, soslayando el juego de ciertos principios esenciales del seguro, revela la utilización del seguro de caución como una *garantía personal*. Y sorprende que tanto el Tribunal como las partes enjuicien el supuesto fáctico de una garantía bajo el prisma dogmático y legal del seguro, sin atisbar en ello una contradicción o ni tan siquiera una paradoja. Pero debemos aceptar o comprender que esta actitud sea algo habitual en el proceder de nuestra jurisprudencia, que tal vez por *nostalgia asegurativa* impregna las diversas modalidades del seguro de caución de la terminología propia del seguro, *traduciendo* las diversas vicisitudes de un supuesto fáctico de garantía en técnicas y conceptos aseguradores (70). Por lo demás, la intervención de una empresa aseguradora no debe permitir mudar la naturaleza propia de la operación por el mero hecho de la simple intervención de aquélla (71).

(69) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *ob. cit.*, pp. 883 y ss.; GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 139. Dice OLIVENCIA que en la frase «a título de resarcimiento o penalidad» puede descubrirse también una identificación de la naturaleza asegurativa de este contrato. El asegurador, a diferencia del fiador, no se obliga a pagar para el caso de que no lo haga el deudor, asumiendo la obligación contraída por éste, sino a indemnizar los daños sufridos por el acreedor en caso de falta de cumplimiento de aquella obligación. La ley ha querido subrayar así el carácter indemnizatorio del contrato, sobre aquel otro de cumplimiento subsidiario de una obligación de pago (art. 1822 del CC para la fianza).

(70) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 206. También a juicio de CERDA OLMEDO «el seguro de caución parece constituir otra forma de garantía personal, intermedia entre la fianza accesoria y el depósito-caución, en donde la obligación propia del asegurador se dirige a satisfacer al acreedor la suma objeto de garantía, siéndole únicamente oponibles las excepciones que deriven de la inobservancia de las formalidades prescritas en la constitución del correspondiente contrato de seguro, no incumbiéndole al asegurador inmiscuirse en las controversias surgidas con motivo del cumplimiento o incumplimiento del deudor en la relación subyacente, dotando al beneficiario de una seguridad semejante a la que le brinda la garantía real consistente en el depósito-caución, pero sin los inconvenientes de éste» (*ob. cit.*, p. 87, citando a RAVAZZONI).

(71) Cfr. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia 1986, p. 473.

Queda abierto de este modo el problema de calificar jurídicamente el resultado de aplicar a *una operación de garantía personal* (auténtica *causa* del negocio) los esquemas legales y contractuales del seguro. En este sentido se afirma por los que admiten estas nuevas formas de garantía personal que el jurista español deberá partir de la disciplina de la fianza (72).

2. *Puntos centrales de la crítica a la naturaleza asegurativa de la caución.*

Fue posiblemente a raíz de la Sentencia del TS de 16 de febrero de 1983 cuando la doctrina retomó toda una serie de discusiones (cuya sede originaria ha estado en el derecho italiano y alemán), para trasladarlas a los problemas que viene planteando la práctica dentro de nuestras fronteras. Por esta razón nos servirá la misma como punto de partida para centrar la discusión acerca de la naturaleza asegurativa o no de la caución.

Al margen de la calificación que pueda darse al contrato de seguro de caución —cuestión en la que no entra aquí el TS—, resulta ser una opinión generalmente compartida por la doctrina el hecho de que la obligación de garantizar el cumplimiento o devolución de sumas anticipadas, para la ejecución de un contrato de obra o suministro —objeto del contrato de seguro de caución es este caso—, constituye una relación obligatoria inserta en el esquema negocial del propio contrato a cargo del arrendador y a favor del arrendatario (73). Estamos en presencia, por tanto, de una *obligación de garantía*, accesoria a la obligación principal de cumplimiento, cuya falta acarreará necesariamente

(72) Por todos, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 206.

(73) Por todos, FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 223 y ss. En efecto, dice éste, el hecho de que la obligación de prestar caución se inserte dentro del contenido negocial de la relación jurídica principal, obliga al intérprete a indagar cuál sea la *función económica específica* que la caución cumple dentro de aquella relación jurídica principal y los particulares intereses tutelados por la misma. Dentro de esta función que tiene la caución respecto a la relación jurídica principal es importante, a su juicio, hacerse esta pregunta: ¿la caución tiene la función de *garantizar* el cumplimiento de la obligación principal o la de *resarcir* los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación principal? En ningún caso quiere decirse que la caución tenga naturaleza fideiusoria en un caso y naturaleza asegurativa en otro. Solamente, concluye, puede afirmarse que la caución constituye una *obligación de garantía* por cuanto que su función es asimismo de garantía. El hecho de que ésta sea prestada por el obligado mediante depósitos reales de dinero o títulos, o bien a través de una póliza emitida por una compañía de seguros, es meramente *instrumental* y no afecta ni a la naturaleza ni a la función típica de la caución.

la ejecución de la misma. El único punto de discrepancia doctrinal se centra aquí en la función indemnizatoria o no de esa *obligación de garantía* (74).

Si como en el caso que estudiamos la obligación asegurada es la ejecución de un contrato de obra, no cabe dudar que entre este contrato y el que instrumenta la garantía (sea fianza o seguro) existe una auténtica *vinculación funcional*, en la medida que sólo el incumplimiento de la obligación garantizada dará lugar al pago de la indemnización o garantía correspondiente a cargo del tercero, cuya obligación habrá asumido previa la existencia del contrato de obra que le sirve de base (75).

Una vez aceptada la premisa del carácter accesorio de la *obligación de garantía* queda bastante desdibujada la estructura negocial del seguro de caución. Estando así las cosas la crítica en contra de la naturaleza asegurativa de este contrato se hace esencialmente en estos tres puntos:

a) Inoperatividad de la mala fe del asegurado en la liberación del pago de la prestación al asegurador. En efecto, se admite que el principio, según el cual la contribución de mala fe del asegurado (en sentido amplio, incluyendo aquí también al tomador) en la producción del siniestro libera al asegurador del pago de la prestación (art. 19 LCS), *no puede ser* de aplicación a los supuestos del seguro de caución, por cuanto el interés asegurado es el derecho del acreedor a ser satisfecho, y será precisamente la insatisfacción de este interés por el incumplimiento de la otra parte contractual la que dará lugar al siniestro.

Asimismo se establece en estos casos un derecho de regreso *propio y autónomo* a favor del asegurador para dirigirse contra el tomador del seguro, independiente del derecho general de subrogación que reconoce el artículo 43 de la LCS al asegurador para proceder, en lugar del asegurado, contra el autor del siniestro.

En último término la determinación del daño y del importe de la indemnización se establecen en función del valor que al interés asegurado fijen de común acuerdo las partes. Así lo permite el art. 28 de la LCS, por excepción al principio señalado en el art. 26 de la misma, que establece la estimación del daño en función del valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro. Estamos, pues, ante un supuesto de valoración anticipada y bilateral del daño (76).

(74) A favor, OLIVENCIA RUIZ, *Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, pp. 865 y ss. En contra, FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 216 y ss.

(75) *Cfr.* FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

(76) En este sentido concuerdan GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983, pp. 350 y ss., y OLIVENCIA, *ob. cit.*, 867 y ss.

b) Inexistencia de una relación de equivalencia entre la noción de riesgo y la de siniestro. Quizá sea éste el argumento más convincente contra la naturaleza asegurativa de esta modalidad contractual. En efecto, en el seguro de caución el riesgo consiste en el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro. Pero si bien al amparo del art. 1 de la LCS debe considerarse riesgo asegurable cualquier prestación aleatoria o subordinada a un evento incierto y susceptible del cálculo estadístico-actuarial (77), no hay que olvidar que el riesgo que en este caso se asegura es un *riesgo jurídico* (78) que depende —o, al menos, puede depender— directamente de la voluntad de las partes. Precisamente ese carácter *jurídico* del riesgo (incumplimiento) es el causante de la dificultad para determinar su verificación y conversión en siniestro.

En este sentido resulta poco afortunada la construcción un tanto evanescente que de la verificación del riesgo hacen las pólizas a que nos referimos. En ellas se establece que «se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro» (79), lo que viene a significar que se hace depender exclusivamente de la libre apreciación del asegurado la existencia del incumplimiento que provoca el siniestro, en la medida que el simple requerimiento hecho por éste faculta a la aseguradora para realizar el pago de la indemnización sin necesidad de detenerse a considerar la justificación del mismo (80). Con ello no sólo se contradice un principio esencial en materia de seguros, según el cual el pago de la indemnización procederá luego de haber realizado el asegurador las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro (art. 18 LCS), sino que prácticamente se deja al *arbitrio de una parte* —que no es contratante, pero sí beneficiaria y parte interesada— el cumplimiento del contrato (art. 1256 del CC). En consecuencia el *alea* inherente al contrato de seguro desaparece por completo y resulta lesionado un principio de orden público económico, el cual tiene por función asegurar el *equilibrio de la transacción* —pago de la prima contra pago de la

(77) Cfr. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia 1986, p. 576. El artículo 1 de la LCS establece que «el contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

(78) Cfr. OLIVENCIA, *ob. cit.*, p. 875.

(79) Cfr. Cláusula 11.ª del Anexo 5.º de la Resolución de 17 de marzo de 1981 de la Dirección General de Seguros.

(80) Cfr. Cláusula 12.ª de la Resolución anterior.

indemnización por supuesto casual o incierto— en condiciones óptimas de absorber el daño. (81)

c) La función *primaria* de este contrato consiste en garantizar el cumplimiento de la obligación principal (82). Aun cuando admitamos que el interés asegurado es el del acreedor, y en este sentido será la falta de satisfacción de su crédito la causa que ha producido el daño que hay que indemnizar, no hay que olvidar que la finalidad de este contrato no es tanto excluir las consecuencias dañosas ocasionadas por el siniestro como la de garantizar el cumplimiento de la obligación principal. El hecho de que esa garantía se haga a título de «resarcimiento o penalidad» (art. 68 LCS y cláusula usual en las pólizas de esta especie) no debe conducir a equívocos. La función de este contrato es *primera y principalmente una función de garantía más que una función indemnizatoria*, por cuanto que el importe de la indemnización aparece tasado de antemano por acuerdo entre las partes y coincide, además, con el precio del incumplimiento. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para que *legal y técnicamente* el incumplimiento de una obligación y el daño que el mismo origina no pueda cubrirse mediante un contrato de seguro (83).

De esta manera el problema puede decirse que es únicamente de regulación legal. En la medida que las compañías aseguradoras han ido introduciéndose en un ámbito hasta el momento desconocido para ellas, como es el mercado de las garantías, han intentado configurar la prestación de las mismas con arreglo a su propia técnica asegurativa e impregnan las pólizas de su terminología característica. Pero persiguen un objetivo final en el modelaje de la estructura contractual del seguro de caución: la eliminación del riesgo que puede suponer el ejercicio de una *acción de regreso* contra el deudor principal sometida a un doble juego de excepciones (las derivadas del contrato garantizado y las procedentes de la relación de garantía) a las que estaría sometido la aseguradora si ejercitara el derecho de subrogación ordinario (tanto el derivado del contrato de seguro, art. 43.1 LCS, como el procedente de la fianza, art. 1839.1 CC (84)). Por esta razón se ha introducido legalmente un derecho de regreso *independiente* del ejercicio de la subrogación y, por esta razón también, establecen las pólizas aquella cláusula que permite al asegurador realizar el pago de la indemnización sin necesidad de verificar el incumplimiento de la obligación que acarrea el siniestro.

(81) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 242.

(82) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 225 y ss.

(83) Cfr. FONT I RIBAS, *ob. cit.*, p. 243.

(84) El artículo 43.1 de la LCS dice así: «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Por su parte el artículo 1839.1 del CC dice lo siguiente: «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor».

II. SEGURO DE CAUCION

A. GARANTIA Y CAUCION. REGIMEN JURIDICO

1. *Concepto, evolución y problemas que se plantean.*

El concepto de caución en líneas generales aparece normalmente ligado a la garantía que media en el cumplimiento de una obligación, en la que la ley o la voluntad de las partes imponen al deudor eventual la entrega al acreedor de un conjunto de cosas muebles, ya estén éstas determinadas en razón de su cantidad (dinero, títulos al portador, mercancías) o ya estén individualizadas (títulos nominativos, objetos preciosos). El acreedor queda de este modo garantizado ante la eventualidad de que el deudor no cumpla la obligación, pudiendo resarcirse del daño experimentado con el valor de las cosas recibidas como caución.

Nota común a todas las formas de caución es el carácter eventual e indeterminado del resarcimiento del daño, normalmente derivado del incumplimiento de la obligación principal. La utilidad que la caución ofrece al acreedor es resarcirle con el valor de las cosas recibidas, evitando el doble riesgo de la insuficiencia del patrimonio del deudor y del concurso de otros acreedores. Con la caución se trata, en suma, de reforzar la garantía patrimonial atribuyendo un derecho de prelación que en nada se diferencia de las garantías personales típicas (85).

Como se viene poniendo de manifiesto la caución real se encuentra con el inconveniente, no desdeñable, de que tal procedimiento conduce a inmovilizaciones de capitales costosos e improductivos, muy negativos a la luz de los intereses del tráfico económico (86). Precisamente el seguro de caución surge para contrarrestar el mal señalado y, al mismo tiempo, intenta salvaguardar la capacidad de satisfacer de modo inmediato el interés del acreedor (la denominada *autotutela*

(85) Cfr. MARTORANO, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960, pp. 652 y ss.

(86) Cfr. EMBID IRUJO, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990, pp. 698 y ss. Desde mediados del siglo XIX, donde aparecen en Gran Bretaña, hasta nuestros días se viene acentuando «la función social típica de las diversas modalidades del seguro de caución», transformando ciertas garantías reales, cuya constitución se debía a la ley o a un contrato, en garantías personales, con la doble ventaja de evitar costosas inmovilizaciones de dinero o títulos y de conseguir el mismo resultado al que se llegaría mediante la constitución de depósitos de garantía (cfr. EMBID IRUJO, *Seguro de caución, cit.*, La Ley 1986, p. 1064).

del acreedor, entendida como acto unilateral por el que se tiene la disponibilidad material de los bienes objeto de caución), propio de la caución real (87).

Estamos asistiendo tanto en el comercio interno como internacional a la traslación de muchos supuestos propios de una caución real al ámbito del seguro de caución. A este propósito se puede hablar de un fenómeno de sustitución en el plano de la naturaleza de la garantía: de la aportación directamente realizada por el deudor a través de la entrega de dinero o títulos, se pasa a una *garantía personal* asumida por una entidad aseguradora que emite una póliza de seguro (88).

Esta *finalidad de garantía*, propia del seguro de caución, ha sido objeto de controversia como hemos venido apuntando, discutiéndose también en el fondo la naturaleza aseguradora o no del mismo. Así, su proximidad funcional con la más característica de las garantías personales —la fianza— ha llevado a considerar esta figura por un importante sector doctrinal y jurisprudencial (en particular italiano) como un ejemplo específico de fianza, y no como una modalidad de contrato de seguro (89). Por otro lado, la discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del seguro de caución se viene desarrollando aludiendo, paralelamente, al seguro de crédito, con el que aparece vinculado desde el origen.

A este respecto se ha podido percibir una clara diferencia entre ambas modalidades. Así el seguro de crédito se concluye para prevenir el riesgo de *insolvencia del deudor* y, consiguientemente, resarcir el daño producido por la pérdida definitiva del crédito; y como seguro de daños que es, éste cumple plenamente la función indemnizatoria. En el seguro de caución, sin embargo, el contrato se concluye para *prevenir* el riesgo del incumplimiento de una obligación, y cuya actualización en siniestro no permite hablar todavía de la producción del daño indemnizable. Se sostiene, en este sentido, que la prestación del asegurador tras el incumplimiento de la obligación por el tomador del seguro (deudor de la misma), no tiene el carácter de indemnización típico de los seguros de daños, sino que representa el cumplimiento de la obligación insatisfecha por el tomador del seguro. Para algunos esta cir-

(87) Cfr. RAVAZZONI, *La c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, Le operazioni bancarie*, II, Milano 1978, pp. 1032 y ss.

(88) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 699 y ss. Este resume en dos grandes categorías la diversidad de supuestos que pueden dar lugar a la emisión de pólizas de seguros de caución: a) las pólizas suscritas por empresas que se comprometen a ejecutar obras o servicios a favor de la Administración Pública (las regula una disposición legal), o en favor de particulares para asegurar el cumplimiento de una obligación (tienen su origen en un contrato o en la ley); y b) las pólizas suscritas por funcionarios públicos con tareas relativas al tráfico económico, o por personas encargadas temporalmente de funciones públicas, cuya emisión se suele fundamentar en una disposición legal.

(89) Entre los sustentadores más sobresalientes de esta posición podemos citar a DONATI, FRAGALI, RAVAZZONI y FONT GALÁN.

cunstancia es de por sí concluyente para demostrar que la *causa* del seguro de caución no es la propia de los seguros de daños, sino que se identifica con la de la fianza, en cuya regulación ha de buscarse el régimen básico de aquél (90).

El negocio formalmente asegurador se intenta que responda a la función y finalidad con que se realiza la constitución de una caución real (91). En ésta se pone a disposición del acreedor un conjunto de bienes con los que éste puede satisfacer inmediatamente el daño producido por el incumplimiento de la obligación garantizada, mediante la entrega de la caución.

En el caso de las diferentes modalidades del seguro de caución, el mantenimiento del *sistema de autotutela* propio de la caución real exige la configuración de la estructura del seguro (y, en particular, en lo referente a la producción del siniestro) de una forma tal que la sustitución de la entrega de una caución real por la emisión de una póliza de seguro no lleve consigo una pérdida de eficacia protectora del acreedor en la segunda —esto es, como asegurado— frente a la primera.

Precisamente para evitar esa eventual mengua protectora, es frecuente que las diversas modalidades del seguro de caución estatuyan el deber, por parte de las empresas aseguradoras, de satisfacer al acreedor-asegurado la suma asegurada, tras la *simple declaración* por parte del asegurado indicando que se ha producido el siniestro. Éste viene a identificarse nominalmente con el incumplimiento de la obligación garantizada. En consecuencia se puede afirmar que la presencia de estas cláusulas (que configuran el seguro de caución, aparentemente, como un ejemplo de las *garantías a primer requerimiento o solicitud*) viene exigida primariamente por la *función* que el seguro de caución pretende cumplir, esto es, sustituir la constitución de una caución real (92).

2. Regulación legal.

En el ámbito del Derecho comparado el seguro de caución carece, por regla general, de regulación legal desde el punto de vista jurídico-

(90) Por todos puede verse EMBID IRUJO, *El seguro de caución, cit.*, pp. 1065 y ss., que sigue los razonamientos en este punto de DONATI, *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, III, Milano 1956.

(91) En este sentido afirma RAVAZZONI, a propósito de la caución realizada mediante la estipulación de una fianza, que mientras, la prestación de una caución consiste normalmente o bien en la entrega de una determinada suma de dinero o bien en el depósito de una específica cantidad de títulos de crédito o de mercancías, excepcionalmente, como en este caso, la caución puede aparecer reflejada en la instauración de una obligación fideiusoria (viniendo así a responder de un modo práctico a una evidente utilidad por parte del comerciante), *Assicurazioni*, 1959, I, pp. 276 y ss.

(92) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 700.

contractual, si bien suele ser considerado como un ramo o modalidad aseguradora en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación del seguro privado (93). Así pues, salvo excepciones muy particulares, la fuente decisiva de la ordenación del régimen jurídico del seguro de caución en el Derecho comparado es la autonomía de la voluntad, dentro de los límites generales que señale el ordenamiento y en el marco de la legislación específica de seguros (94).

En nuestro Derecho interno existe una semejanza con lo que acontece en el Derecho comparado. El Código de comercio de 1885 carecía de toda referencia al seguro de caución, lo que no impidió el desarrollo del mismo al amparo de la amplia libertad contractual existente en la materia (95). Así, una abundante legislación especial ha configurado definitivamente al seguro de caución como particular *forma de garantía*; en concreto, aquélla relacionada con la adjudicación y ejecución de obras públicas (96).

La vigente Ley de 8 de octubre de 1980 sobre Contrato de Seguro ha introducido, como ya hemos dicho, por vez primera en nuestro ordenamiento una norma en la que se recoge sucintamente el concepto y régimen jurídico del seguro de caución: el artículo 68, incluido en el Título II de la Ley relativo al seguro de daños y ocupando una sección específica (la sexta), desgajada del seguro de crédito.

Desarrollando la Ley se dictó la Resolución de la Dirección General de los Seguros de 17 de marzo de 1981 (ya mencionada), sobre adaptación de pólizas a la LCS, y en la que se incluyó un anexo quinto referido al régimen de una de las más características modalidades del seguro de caución, el seguro de garantía de los contratos de obra o suministro. Tal Resolución carecía de carácter vinculante, lo que no impidió su difusión de modo casi literal dentro del clausulado de numerosas pólizas emitidas en nuestro país, que siguen manteniendo en la actualidad, por la fuerza de la costumbre, el mismo contenido que antes. Así y todo, conviene apuntar que la susodicha Resolución ha sido objeto de derogación expresa por el Reglamento del Seguro privado de 1 de agosto de 1985 (97), por lo que la fuente del régimen jurídico de este seguro viene a ser, de nuevo, la autonomía de la voluntad de las partes, dentro de sus límites generales y de los derivados de la legislación de seguros.

(93) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 701.

(94) En el ámbito comunitario el seguro de caución aparece en la Directiva 73/239/CEE, relativa a las condiciones de acceso al estatuto de empresa aseguradora en los ramos no-vida, modificada por la Directiva 87/343/CEE, que suprime la prohibición originaria de acumular el seguro de caución con la gestión de otros ramos del seguro.

(95) Véase sino el derogado art. 385 del Código de comercio.

(96) En este sentido puede verse TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial, Ley de Contrato de Seguro*, vol. II, p. 417 y ss.

(97) En la disposición derogatoria A, número 27.

Además de su vertiente jurídico-contractual, el seguro de caución constituye un ramo del seguro, según la clasificación de los ramos recogida en la Orden Ministerial de 29 de julio de 1982, cuya vigencia no ha sido afectada por la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, ni por su Reglamento (98).

El estudio del régimen jurídico del seguro nos obliga a tener en cuenta que las pólizas emitidas por las compañías aseguradoras de nuestro país recogen, en su mayoría casi literalmente, el contenido de la ya derogada Resolución de la DG de Seguros de 17 de marzo de 1981, dictada en su día para el seguro en garantía de contrato de obra o suministro (99).

3. *El seguro de caución como seguro por cuenta ajena.*

El seguro de caución es, en sus distintas modalidades, un seguro por cuenta ajena. De tal forma que aquél que es deudor en la actualidad o va a serlo en un futuro inmediato contrata el seguro como tomador del mismo, en beneficio de su acreedor, considerado en el contrato como asegurado. Sin embargo, no parece que tal cosa sea necesaria, y cabría pensar razonablemente en que fuera el acreedor el que asegurase *directamente* su interés en el cumplimiento de la obligación de la que es titular (100). Sin embargo, las pólizas del ramo emitidas en España muestran un claro carácter de seguro por cuenta ajena (101).

(98) El artículo 10.2 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, se refiere al seguro de caución a propósito del capital social o fondo mutual del que han de disponer las entidades aseguradoras para poder llevarlo a cabo. El seguro de caución se incluye, a tal efecto, en el grupo segundo, en el que también se integran el seguro de crédito y aquellos seguros «en los que se cubra el riesgo de responsabilidad civil». No se lleva a efecto, en consecuencia, una auténtica especialización de entidades aseguradoras con relación al seguro de caución (EMBIJ IRUJO, *ob. cit.*, p. 1067).

(99) Nosotros hemos manejado en esta exposición las siguientes pólizas de la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.: contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas (y de protección oficial); de seguro en garantía de licitación de contratos; de seguro de garantía de ejecución de contratos de obra o suministro; de seguro en garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras; de seguro de fianza a favor de la Administración.

(100) Según OLIVENCIA RUIZ, «en teoría, no se ve ningún obstáculo para que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor» (*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, vol. I., p. 880).

(101) Así lo suelen expresar, o bien el artículo 1.º de las pólizas referidas anteriormente, o bien el preámbulo de las mismas.

Es precisamente la presencia de tres sujetos la que pone de relieve, una vez más, la prestación de una garantía bajo forma de seguro. Tomador, asegurador y asegurado se corresponden, funcionalmente, con las figuras del afianzado, fiador y acreedor-beneficiario en un contrato de fianza como ya se ha hecho notar (102).

Como afirma el artículo 7 de la LCS en el seguro por cuenta ajena «las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquéllos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado», y, por otro lado, «los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado». Existe, en consecuencia, un *vínculo único* entre el asegurador, por un lado, y el tomador del seguro y el asegurado, por otro, lo que permite que, realizado el siniestro, el asegurado pueda reclamar *directamente* al asegurador el pago de la prestación convenida sin haberlo estipulado formalmente el contrato (103).

Por lo que respecta a la posibilidad de oponer excepciones por el asegurador frente a la reclamación del asegurado, se entiende que, en el seguro por cuenta ajena, el asegurador podrá oponer los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido (104). También le serán oponibles al asegurado las excepciones que derivan del contrato de seguro. Ahora bien, en algunas pólizas encontramos cláusulas que permiten excluir la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al asegurado la falta de pago de las primas por el tomador del seguro, a los fines, en concreto, de la rescisión del contrato o la suspensión de la cobertura (105).

Esta circunstancia ha servido para fundamentar nuevos argumentos contra la naturaleza aseguradora del seguro de caución, por cuanto se ha dicho que los mismos *contradicen* la estructura sinalagmática del contrato y los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de la garantía (106). No obstante este criterio no sería definitivo, pues, si bien el impago de las primas se opone al *sinalagma funcional*, tal oposición no repugna a la naturaleza del contrato de seguro, por cuanto se mantiene el *sinalagma genético* entre

(102) O también con el ordenante, el garante y el beneficiario o en una garantía al modo del contrato puro de garantía del Derecho alemán o de la práctica del comercio internacional, como ya apuntamos en otro lugar.

(103) Cfr. GARCÍA LUENGO, *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, RDM, 1983, pp. 26 y ss.

(104) Cfr. *Ibid.* anterior, p. 61 y ss.

(105) Así, por ejemplo, en el artículo 8 de las pólizas individual y global de afianzamiento de anticipos de viviendas.

(106) Cfr. DONATI, *Trattato, cit.*, p. 297; FONT GALÁN, *Natura e disciplina giuridica, cit.*, p. 239.

la asunción de una obligación de la empresa aseguradora subordinada a la verificación de un evento previsto en el contrato (107).

Conviene recordar que en el seguro de caución se realiza una valoración anticipada y bilateral del daño, utilizando en la contratación las pólizas tasadas o estimadas del art. 28 de la LCS. Esto supone que la prestación del asegurador es conocida con antelación y no es el resultado, como acontece en los seguros de daños, de una valoración objetiva del posible daño experimentado como consecuencia del incumplimiento de su obligación por el deudor-tomador del seguro. Por esta razón cabría deducir que el seguro de caución no tiene, en sentido estricto, un carácter *indemnizatorio*, a pesar de las expresiones empleadas en el artículo 68 de la LCS, tendentes si acaso a reforzar, cuando menos nominalmente, el carácter indemnizatorio —y, por tanto, asegurador— del seguro de caución (108).

4. *El riesgo en el seguro de caución.*

El riesgo prevenido en las diferentes modalidades del seguro de caución es el incumplimiento por el deudor-tomador del seguro de su obligación frente al acreedor-asegurado. La propia ley española así lo manifiesta cuando se refiere, en el mismo art. 68 LCS, al «incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador». No precisó más la ley, y esta escueta consideración ha sido criticada por la doctrina más autorizada, que ha resaltado la pluralidad de significados del término *incumplimiento*, en particular si se contempla desde la perspectiva del deudor o del acreedor (109). En consecuencia, corresponde inexcusablemente a las pólizas determinar qué se entiende por riesgo, y precisar, en suma, cuándo se ha producido el incumplimiento; o lo que es lo mismo, cuándo se ha verificado el siniestro. Pero tampoco las pólizas han sido demasiado explícitas en este extremo. En líneas generales, puede observarse la exclusión de la fuerza mayor entre los riesgos asumidos por el asegurador, así como, en menor medida, de los llamados riesgos catastróficos.

(107) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1068, que sigue el criterio, entre otros, de RAVAZZONI, *Fideiussione, cit.*, p. 274. Esta opinión parece válida en el Derecho español, pues la LCS permite en su art. 15 —norma de carácter dispositivo— el pacto que mantenga la validez del contrato de seguro ante el impago de la prima. Por otra parte, tal cláusula sería, además, más beneficiosa para el asegurado, pudiéndose afirmar su validez aunque el art. 15 no la hubiera permitido expresamente (mediante la posibilidad del pacto en contrario de lo que dispone el propio precepto), conforme a lo establecido en el art. 2 de la citada Ley (cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pp. 44 y ss).

(108) Cfr. OLIVENCIA RUIZ, *Comentarios, cit.*, p. 874; GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 139.

(109) Cfr. FONT RIBAS, *Comentario a la Sentencia de 16 de febrero de 1983*, Cuadernos CJC, 1, 1983, p. 242; OLIVENCIA RUIZ, *Comentarios, cit.*, p. 876; GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 350.

La exclusión de la cobertura de los riesgos catastróficos parece lógica a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de la LCS (110), pero sorprende la exclusión de la fuerza mayor. Según algunos, tal exclusión puede entenderse si se la conecta a la acción de regreso que, con carácter general, tanto la Ley (artículo 68) como las pólizas, atribuyen al acreedor para reclamar del deudor todo pago efectuado al asegurado una vez que se ha producido el siniestro. Si se cubriera la fuerza mayor, parecería injusto reclamar del tomador la cantidad pagada al asegurado, por cuanto que el incumplimiento no era en absoluto imputable al deudor. Se agravaría de este modo, por el juego del mecanismo del seguro, la responsabilidad del deudor *ordinario* en el Derecho de obligaciones y contratos. Por lo tanto, siendo tal exclusión justificable, nos permite dudar de la consideración del seguro de caución como un auténtico seguro (111).

5. El siniestro en el seguro de caución.

a) Configuración jurídica del siniestro. Una cuestión que plantea nuevos problemas para la calificación de esta figura deriva del hecho de que con tales pólizas se pretende dar cobertura por el asegurador a la producción voluntaria, o cuando menos, negligente, del siniestro por el tomador del seguro. Si se repara en que el *riesgo asegurado* es el incumplimiento —sin ninguna matización— de la obligación del tomador frente al asegurado, y que del clausulado de las pólizas se excluye la fuerza mayor, se deducirá con sorpresa que pertenece a la esencia de este seguro la cobertura de un *hecho voluntario* como productor del siniestro. Esta circunstancia ha llevado a un amplio sector doctrinal a negar el carácter asegurador de esta figura, por entender que es inconciliable con la idea de aleatoriedad, típica del contrato de seguro (112). Sin embargo, otros, dentro de nuestra doctrina, matizan esta afirmación diciendo que bastará con que en el *momento de la formación del contrato de seguro* el riesgo se presente *incierto* para que se considere que existe el *alea* contractual (113).

(110) El art. 44 de la LCS dice: «El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios, salvo pacto en contrario. No serán de aplicación al contrato de seguros contra daños por grandes riesgos, tal como se delimitan en la Ley de Ordenación del Seguro Privado, el mandato contenido en el artículo 2 de esta Ley».

(111) Por todos, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 1069 y ss.

(112) En este sentido: DONATI, *Trattato, cit.*, III, p. 297; FRAGALI, *Fideiussione e assicurazione, cit.*, p. 140.

(113) En este sentido EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1070, que sigue en este punto la opinión de SÁNCHEZ CALERO, *Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro*, Estudios Serrano, II, Valladolid 1966, pp. 434 y ss.

b) Determinación del siniestro. Salvo alguna excepción (114), la mayoría de las pólizas configuran la producción del siniestro sin conexión aparente al incumplimiento de la obligación por el deudor-tomador del seguro o, lo que parecería lógico dado el carácter *jurídico* del riesgo, a la prueba del mismo. En este sentido, la producción del siniestro se hace coincidir con la declaración del asegurado dirigida al asegurador requiriéndole el pago de la totalidad o parte de las sumas garantizadas, haciéndose depender así, de la libre apreciación del asegurado, la existencia del incumplimiento determinante del siniestro.

c) El deber de pago de la entidad aseguradora. Esta configuración tan peculiar de la producción del siniestro se completa con el establecimiento de un deber cuasi-automático de pago por parte del asegurador ante el simple requerimiento del asegurado. No se requiere en las pólizas de que tratamos ni la conformidad del tomador del seguro ni tampoco el hecho de que el requerimiento sea justificado. De todos modos la entidad aseguradora se obliga a hacer al asegurado que le requiera de pago «las reservas y objeciones que el contratante estime pertinentes tan pronto como éste las comunique a la compañía» (115). Esta cláusula parece referirse a la posibilidad de negarse al pago de la prestación cuando el incumplimiento sea debido a la realización de un riesgo no cubierto por la póliza, como lo es, en general, la fuerza mayor (116).

Si se prescinde de aquellas pólizas en que la prestación del asegurador parece subordinada a la apreciación objetiva del incumplimiento por el contratante del seguro, en el resto de las pólizas —la casi totalidad— se subordina la prestación del asegurador a la simple prestación del asegurado. La razón de ser de esta peculiar configuración del siniestro y consiguiente deber de pago del asegurador estriba en la finalidad que persigue el seguro de caución, esto es, cumplir una función *equivalente* a la de la caución real, en dinero o títulos. Si en ésta se permite una tutela inmediata del acreedor, que hace suyos los bienes entregados por el deudor eventual, en el seguro de caución el instrumento utilizado es la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera solicitud o demanda.

La irrupción de las entidades de seguros en el mercado de las garantías ha llevado a aquellas a configurar su prestación con arreglo a su

(114) Por ejemplo, las constituidas por las pólizas individual y global de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas (artículo 8).

(115) Cfr. art. 11 de las pólizas de licitación y ejecución de obras públicas; art. 12 de la de ejecución de obra y suministro; art. 15 de la fianza a favor de la Administración.

(116) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1072. «Entender lo contrario, y considerar que la aseguradora debe pagar *en todo caso*, supondría convertir el seguro de caución en España en una especie de las llamadas garantías a primera solicitud».

propia técnica organizativa y con utilización de términos e instituciones propios del Derecho de seguros, no necesariamente compatibles con figuras que carecen de las características propias de las diferentes modalidades del seguro de daños. Con razón se ha hablado en este sentido de *nostalgia aseguradora* (117).

La utilización de esta cláusula a primer requerimiento supone la exclusión de excepciones oponibles por la entidad aseguradora frente a la reclamación del asegurado. Se crea de este modo una pura disponibilidad económica en favor del asegurado, desconectando la obligación del asegurador de la relación garantizada.

6. *La acción de regreso del asegurador contra el tomador.*

El artículo 68 de la LCS dispone que «todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro». Esta acción de regreso, que no constituye un ejemplo de la subrogación establecida en el art. 43 de la Ley (118), se recoge también en las pólizas, y frente a ella las propias pólizas excluyen la oposición de excepciones por el tomador del seguro (119). Parece tratarse de una *acción propia* del asegurador, que nace de la responsabilidad del tomador por la causación voluntaria del siniestro (120).

Es precisamente el reconocimiento legal y convencional de la acción de regreso en favor del asegurador lo que ha llevado a la doctrina a negar el carácter asegurador a la figura de la caución, por cuanto no se puede hablar en este caso de *transferencia del riesgo* al asegurador, ya que éste puede recuperar siempre en vía de regreso la suma pagada (121).

(117) Cfr. FONT RIBAS, *ob. cit.*, pp. 243 y ss., que sigue a DONATI.

(118) El art. 43 de la LCS dice: «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. (...)».

(119) Según EMBID «esta *renuncia* del tomador a oponer excepciones al asegurador se ha querido justificar aduciendo que el asegurador ha renunciado a todas las excepciones oponibles al asegurado. Pero ambas renunciaciones no son homogéneas, como parece querer FONT GALÁN (*Natura giuridica, cit.*, pp. 245-246), sino que, más bien, se deben a la diferente posición contractual del asegurador y del tomador, que permite descargar sobre éste último el peso patrimonial de la operación. No resulta lógico que el tomador no pueda oponer al asegurador las excepciones derivadas del contrato de seguro» (*ob. cit.*, p. 711).

(120) Cfr. GARRIGUES, *Contrato, cit.*, p. 352.

(121) En este sentido RAVAZZONI, *Fideiussione in luogo di cauzione*, Assicurazioni, 1959, I, pp. 271 y ss.

7. Naturaleza jurídica del seguro de caución.

En el examen de las pólizas del seguro de caución aparece siempre una finalidad común a todas ellas, que es la *finalidad de garantía*, sobre la que pivota gran parte de los problemas que aquí sugerimos. La entidad aseguradora se compromete a *garantizar* al asegurado el pago de una cantidad debida como caución por el tomador, sobre la base de una disposición legal o una cláusula de la relación contractual que le une con el asegurado, para el caso del incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente impuestas al tomador (122).

Es un seguro, como se ha hecho notar, de características muy singulares porque se parece y a su vez se diferencia de la fianza. Se parece porque el asegurador asume un papel semejante al del fiador en la relación básica de fianza, en la que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste (art. 1838 CC); además la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, por cuanto en este seguro la empresa aseguradora no se obliga a *resarcir* los daños hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien, a *cumplir* la obligación del tomador (123). Se diferencia principalmente en que, como sabemos, en este seguro intervienen tres elementos personales (tomador, asegurado y asegurador) (124).

Este seguro protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. A diferencia del contrato de crédito, el siniestro no consiste en la insolvencia del deudor sino en el mero incumplimiento suyo al no pagar. Se trata, en suma, de una diferencia en la entidad del riesgo: en el seguro de caución es un simple *incumplimiento*, pero no nos dice la Ley qué clase de incumplimiento puede ser éste, pues puede ocurrir que el incumplimiento no engendre responsabilidad alguna por el deudor, por haber mediado un caso fortuito o de fuerza mayor, que excluye toda indemnización según el 1905 del CC (125).

(122) Cfr. EMBIDI RUJO, *El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley 1986, p. 1074. Por su parte FONT GALÁN ya había puesto de relieve el carácter de accesoriedad —respecto al contrato principal— que tiene el negocio mediante el cual se presta la caución debida, y constata la necesidad de que este negocio tenga una tipicidad social idónea para prestar o constituir la caución, es decir, una función social típica de garantía (*ob. cit.*, p. 225 y ss.).

(123) Cfr. DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, t. III, Milano, 1956, pp. 296 y ss. El asegurador que paga en caso de incumplimiento en lugar del deudor principal resuelve una obligación *pari gradu*. Según DONATI en estos supuestos la naturaleza jurídica no depende de la denominación que puedan darle las partes, ni tampoco ésta puede mudarse según el contrato sea realizado por una compañía de seguros o por un banco, sino que depende de la *causa* del contrato. Con lo cual quedamos abocados a establecer una analogía entre ambas figuras jurídicas.

(124) Cfr. GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 350.

(125) Es éste uno de los puntos donde se quiebra la teoría general del seguro como ya apuntamos. Según GARRIGUES «entre los distintos intereses que juegan en

Dentro del seguro de caución se garantiza el cumplimiento de una obligación del tomador, añadiendo un nuevo deudor (la empresa aseguradora) que se obliga en el mismo plano que el deudor inicial, esto es, solidariamente. Producido el siniestro, el asegurado se puede dirigir indistintamente contra la compañía o contra el tomador del seguro. De esta manera, la posición jurídica de la empresa aseguradora parece configurarse en las pólizas como la de un auténtico *fiador*, que no goza del beneficio de excusión —común en nuestro Derecho— y que se obliga en el mismo plano y condiciones que el deudor inicial (126).

En el seguro de caución, frente a otros seguros, el tomador y el asegurado son personas distintas. El tomador del seguro, una vez concluido el contrato, queda al margen de su desarrollo entre el asegurado y el asegurador. Pero no queda libre de responsabilidad, y esto es lo característico, por cuanto es el causante del siniestro garantizado consistente en el incumplimiento de sus propias obligaciones legales o contractuales.

Con todo se justifica la atribución, legal y convencional, al asegurador de una *acción de regreso* que difiere de la subrogatoria, y que tiende más bien a identificarse con la acción que nuestro CC otorga al fiador que paga por el deudor. Se trata de una *acción propia*, nacida de la responsabilidad del tomador del seguro, como deudor incumplidor de sus obligaciones y, en consecuencia, provocador del siniestro; acción que tiene un doble fundamento: a) impedir que el deudor culpable se libere de responsabilidad, tanto frente al acreedor pagado por el asegurador como frente al acreedor que recibió ese pago; y b) impedir que este deudor culpable, al verse liberado por el seguro, se enriquezca a costa de su acreedor, al que no ha pagado. Para evitar estas consecuencias, el inciso final del artículo 68 dispone que «todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro» (127).

Todo lo dicho nos permite confirmar el carácter del seguro de caución como una *auténtica garantía*, y esto al margen de su finalidad in-

este seguro, el art. 68 parece inclinarse al interés del acreedor, quien debe ser garantizado del daño sufrido por cualquier incumplimiento de su deudor, aunque fuese debido a caso fortuito. Creemos, sin embargo, que el daño que ha de reparar el asegurador ha de estar dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato, como se desprende del final del inciso primero del artículo» (*ob. cit.*, p. 351).

(126) Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, anterior.

(127) Cfr. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983, p. 351 y ss. Dice GARRIGUES que así nace esta extraña figura de un tomador del seguro, quien no sólo no adquiere ningún derecho en el contrato, sino que adquiere una responsabilidad fundada en este contrato. La acción de responsabilidad que la ley concede recuerda la acción del fiador que paga por el deudor. En el artículo 1838 del CC se concede al fiador que paga el derecho a ser indemnizado por el deudor y se declara cuáles son los conceptos que comprende esta indemnización (cantidad total de la deuda, intereses legales de ella, gastos ocasionados por el fiador y los demás daños y perjuicios cuando procedan).

demnizatoria. La *causa* del contrato, como hemos indicado, no es la correspondiente al seguro sino que muestra claramente su inclusión en el ámbito de las fianzas o avales emitidos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

El hecho de que la garantía sea prestada por una entidad aseguradora no permite alterar la naturaleza de la figura en atención a este dato subjetivo. En este sentido, y a pesar de un cierto renacimiento de las concepciones *empresariales* del contrato de seguro (128), la condición personal de una de las partes del contrato —la aseguradora—, no permite, salvo decisión expresa de la ley, modificar la calificación del contrato en atención a tal circunstancia.

Nos parece, en suma, acertada la opinión de aquellos que en presencia de una póliza de seguro de caución entienden que deben aplicarse las normas sobre la fianza, como figura más próxima a la causa del contrato concluido (129). Y ello sin perjuicio de que nos encontremos, en muchos casos, con formas de garantía autónoma que no se corresponden como ya vimos con los presupuestos de la regulación de la fianza (130). La presencia de ciertos elementos propiamente aseguradores en el contenido de las pólizas requerirá la aplicación a los mismos de las normas específicas del contrato de seguro, y, sin perjuicio, lógicamente, del sometimiento de las entidades aseguradoras a la normativa ordenadora del seguro privado vigente en nuestro país.

(128) Entre nosotros, VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Valencia 1982, p. 544.

(129) Por ejemplo, EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 1076; FONT RIBAS, *ob. cit.*, p. 242; FONT GALÁN, *ob. cit.*, p. 217.

(130) A juicio de EMBID en estos casos nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro. Esta combinación de cláusulas de los dos tipos, fianza y seguro —sobre la base de una función de garantía—, no permite que las modalidades del seguro de caución puedan ser consideradas ejemplos de la categoría de los contratos mixtos (aquéllos que tienen una *causa mixta*). El propósito empírico de las partes que suscriben una póliza de seguro de caución, en la que aparecen cláusulas de naturaleza aseguradora, no contradice, antes bien, es perfectamente conciliable con las características esenciales del tipo de la fianza. No cabe deducir de la instrumentación de la garantía en una póliza de seguro, y de la presencia en la misma de cláusulas típicamente aseguradoras, la creación de una figura contractual atípica, que no es reconducible al esquema general de la fianza. Considera EMBID admisibles para nuestro sistema las reflexiones expuestas por la doctrina y jurisprudencia italianas sobre la concepción de nuestra figura como un *sub-tipo innominado de fianza*. Desde este punto de vista debe aplicarse, a su juicio, la disciplina del contrato de seguro a aquellas cláusulas incluidas por las partes en la póliza del contrato con la finalidad de adaptar el mismo a las especiales necesidades que les han llevado a concluirlo, y que no sean reconducibles al esquema negocial de la fianza. Pero ello bien entendido que la aplicación de tal disciplina debe hacerse teniendo presente la *finalidad de garantía* —la causa de fianza, en suma— que el seguro de caución pretende conseguir (*ob. cit.*, pp. 1076 y ss.).

B. SEGURO DE CAUCION Y OBLIGACION FIDEIUSORIA.

Retomamos la Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989. La garantía prestada por la parte recurrente era un contrato de seguro por cuenta ajena en el que la aseguradora se obligaba a pagar a primer requerimiento del actor beneficiario. En ninguna fase del pleito ponen en duda el tribunal ni las partes que el punto de referencia de esta garantía sea la fianza. Ni tan siquiera se hace por el TS consideración alguna sobre la particularidad que podría prestar al supuesto la forma asegurativa. Esta cuestión, como se ha señalado, es de singular importancia pues pone sobre el tapete el problema relativo al sistema de tipos contractuales en nuestro ordenamiento jurídico (garantía personal atípica) y a las formas en que se haya de producir una correlación de estos tipos (131). Fianza y seguro son los dos tipos que ahora estudiamos interrelacionados, para tratar de llegar a un entendimiento sobre qué es la *obligación fideiusoria*, a la que ya hemos aludido en otro momento de esta exposición.

1. Fianza y seguro (el «contrato de seguro fideiusorio»).

La doctrina española dominante parte de un punto de vista distinto al tradicional, en el que imperaba una notable *rigidez* del tipo fideiusorio; no existía fianza sino seguro cuando el acreedor remuneraba al fiador, siendo esta remuneración la prima a pagar por la cobertura de un riesgo. Hoy, sin embargo, se piensa que el fiador remunerado por el acreedor o por el deudor puede estar realizando una *operación de seguro* y que, con todo, esta operación de seguro pertenece al tipo de fianza (132). Conforme a esto el contrato de seguro estaría creando a cargo de la aseguradora una *obligación accesoria* de la principal, siendo el objeto de la obligación asegurativa el mismo que el del contrato básico.

En la dirección apuntada se argumenta diciendo, en primer lugar, que no existe una causa asegurativa sino fideiusoria, por cuanto el *sinistro* no consiste en un daño en el patrimonio del asegurado, sino en el mero incumplimiento contractual; después, que no existe una fun-

(131) Lo plantea CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid 1991, pp. 104 y ss.

(132) No obstante a EMBID IRUJO no le parece plenamente identificable el concepto «privado» o «contractual» de seguro con las nociones de «actividad aseguradora» u «operación de seguro» que se utilizan en las normas relativas al estatuto de las empresas aseguradoras (*cf. ob. cit.*, p. 1074), frente a la opinión de OLIVENCIA RUIZ que identifica, con base en la expresión gramatical de la Ley, *operación con contrato de seguro* (*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Madrid 1988, vol. I, p. 153).

ción indemnizatoria, sino una función de cumplimiento mediante la creación de una obligación de refuerzo ; y, en último término, que falta la aleatoriedad, por cuanto el asegurador puede recuperar del tomador los pagos hechos (133).

La doctrina italiana ha elaborado profusamente desde hace años un trabajo sobre las llamadas *pólizas fideiusorias*, que no son más que obligaciones de garantía personal prestadas por entidades de seguro cuyo objeto es asegurar por vía subsidiaria el cumplimiento de una obligación ajena. El sector doctrinal que todavía pretende defender la independencia de este seguro (*assicurazione fideiussoria*) se encuentra actualmente en franco retroceso. Hoy en día la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria italianas parten, por el contrario, de una remisión más o menos explícita de estas pólizas a la figura de la fianza (su jurisprudencia habla de un *esquema jurídico fideiusorio*) (134).

Dentro ya de nuestra doctrina, admitida la autonomía del denominado *contrato autónomo de garantía*, se vienen haciendo dos consideraciones básicas en torno al binomio seguro-fianza: a) la existencia de una *obligación fideiusoria* es independiente de la forma en que haya de articularse la obligación del garante con la obligación del deudor principal; la obligación fideiusoria se cualifica por la circunstancia de que *alguien se obligue a cumplir por otro*, como establece el art. 1822 del CC; y b) respecto al contrato, no cabe duda de que el tomador del seguro (deudor) que paga la prima de este seguro de caución por cuenta ajena concierne un *contrato de seguro*, y no un contrato de fianza; ni tan siquiera un contrato de fianza en favor de tercero (135).

(133) No en vano habla CARRASCO de «contrato de seguro fideiusorio» para referirse a esta figura (*ob. cit.*, pp. 104 y ss.). Además de decirse que la caución no es un contrato de seguro aleatorio, se afirma que con carácter general puede ponerse en duda el carácter aleatorio del seguro. A su juicio todo seguro puede ser construido como un contrato oneroso creador de obligaciones recíprocas. El asegurador se obliga, antes que a la eventual indemnización, a la prestación de una cobertura de riesgos, y esta cobertura es ya un interés patrimonial para el asegurado; el contrato de seguro podría entonces construirse como un contrato de prestación de seguridad (*ob. cit.*, p. 107).

(134) La doctrina italiana ha utilizado diversas teorías con las que poder explicar o justificar esta relación de pertenencia o reciprocidad del seguro con el tipo fideiusorio. Para CARRASCO estas teorías serían esquemáticamente las siguientes: a) una forma de negocio jurídico indirecto (TAMBURRINO); b) un subtipo innominado de fianza (FRAGALI); c) una especie de contrato mixto (FUSARO); y d) una garantía estipulada en favor de tercero, perteneciente al género del contrato autónomo de garantía, con carácter atípico (LIPARI) (*ob. cit.*, p. 107 y ss.).

(135) También a CARRASCO le «resulta igualmente claro que la obligación del asegurador nace de un contrato de seguro, no de un contrato de fianza celebrado con el acreedor. Contrato de seguro sometido a las exigencias de forma y fondo de la LCS. La razón por la que la compañía pacta un seguro y no una fianza no deriva de estructuras intrínsecas de nuestro Derecho privado, sino de normas públicas imperativas. La Ley 33/1984, ordenadora del seguro privado, prohíbe a las empresas de seguro el ejercicio de actividades no basadas en la técnica y el otorgamiento de avales y garantías distintas a la actividad aseguradora (art. 3)» (*ob. cit.*, p. 110).

Con todo, lo que se viene a subrayar es la *naturaleza fideiusoria* de este tipo de operación aseguradora. Pero no como contrato de fianza —que ciertamente no existe—, sino como *obligación fideiusoria*. De este modo la obligación de pago derivada del contrato de seguro de caución es una obligación fideiusoria, cuya fuente no es un contrato de fianza; obligación fideiusoria que habrá de predicarse allí donde uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero, siendo el objeto de la obligación asumida el mismo que el de la obligación principal (arts. 1826, 1827.2 CC). Conforme a esto se entiende que pueda decirse que son aplicables en estos casos las normas de la fianza, salvo el beneficio de excusión; de la misma manera que ocurre con un contrato de fianza, también aquí podrán derogar convencionalmente las normas del CC que no resulten imperativas (136). No concuerda esta idea que aquí exponemos con alguna sentencia del TS, en la que no se tiene en cuenta que la *obligación* que resulta del *contrato* de seguro es una *obligación fideiusoria*; en este supuesto, sin embargo, para el Alto Tribunal el *tipo* contractual de seguro excluye los *efectos fideiusorios* de la obligación (Sentencia de 7 de abril de 1992) (137).

2. Fianza y seguro de caución.

La sentencia de 19 de mayo de 1990 consideró que existen *diferencias sustanciales* entre la fianza y el seguro de caución. Según ésta el

(136) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 111 y ss. Según éste «no se puede decir que, a diferencia de la fianza (garantía accesorias), en el seguro no hay accesoriedad, siendo el incumplimiento del deudor una especie de condición de la que se hace depender el nacimiento del crédito contra el asegurador (según RAVAZZONI, *La fideiussione*, 1957, p. 130). Se puede jugar aquí con la anfibología de la expresión del art. 1822.1 («en caso de no hacerlo»). Esta expresión no debe entenderse en la fianza como delimitación de una obligación como subsidiaria. Otro tanto cabe decir del seguro. Ni el pago por el fiador ni por el asegurador pueden ser obligaciones «principales» sometidas a condición, porque el interés directo del beneficiario no está en esa obligación, sino en la principal. Contraponer «condicionalidad» y «accesoriedad» no tiene sentido si la obligación condicional está, como en la fianza, continuamente sometida a las eventualidades de la deuda principal. Y a mí me parece claro que el asegurador, en nuestro caso, puede apoyarse en los arts. 1824, 1847 y 1853, que definen el estatuto de la accesoriedad».

(137) Esta posición viene siendo criticada por CARRASCO PERERA para quien lo más reprochable de esta jurisprudencia conceptualista, que apela a las naturalezas jurídicas, se encuentra precisamente en la relajación de argumentos que propicia; y es que, a su juicio, el sentenciador se ahorra los costes de argumentar la no aplicación de una norma o de seleccionar entre varias en concurso, cuando se dispone del expediente fácil de cobijarse en la naturaleza jurídica de una cosa para eludir en bloque la aplicación de normas cuya exclusión requeriría una justificación más ponderada. De este modo, concluye, cabe el peligro de que se acabe metiendo por la ventana incontrolable de la analogía lo que se expulsó por la puerta de la naturaleza jurídica (cfr. CARRASCO PERERA, *Cuadernos CJC*, 1992, 29, 764, pp. 465 y ss).

fundamento de la diferencia estriba en que, en el seguro de caución, el garante no se obliga a cumplir por otro, sino a *resarcir* el daño causado por el incumplimiento del tomador (138).

Entre las muy diversas maneras en que el TS se ha referido a la caución no siempre ha adoptado una terminología unívoca y, por tanto, precisa. Así por ejemplo, en la sentencia citada se refiere a la misma como un *afianzamiento mediante aval prestado por las entidades aseguradoras* (139). Pero también las mismas compañías de seguros son oscuras a la hora de utilizar una terminología apropiada; así llegan a hablar de *aval caución* o simplemente de *aval prestado*.

Esta sentencia de 1990 no concuerda en parte con el razonamiento expuesto en la sentencia de 14 de noviembre de 1989, a la que ya hicimos referencia. Ahora ya no se nos habla, por vía del artículo 1255 del CC, del recurso a la atipicidad contractual (contrato atípico de garantía). Aquí la postura del juzgador es indubitable; para éste toda garantía personal prestada por una compañía de seguros se trata sin ambages de un seguro de caución. El factor relevante es ahora el *tipo contractual* elegido para hacer nacer la función de garantía. Especial atención en la configuración de la figura caucional se presta a la prohibición legal que pesa sobre las entidades aseguradoras de efectuar, entre otras, operaciones consistentes en «el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de actividad aseguradora» (140). Mientras el TS en 1989

(138) «La diferencia entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere éste como una figura de seguro autónoma al modo que lo hace el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la *idéntica función de garantía* que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así, mientras la *fianza* es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el *seguro de caución* el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, (...)» (Fundamento de Derecho 4.º, Sent. del TS de 19 de mayo de 1990).

(139) Cfr. Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990, Fundamento de Derecho 1.º.

(140) Así lo esgrime la Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990, Fundamento de Derecho 4.º, *in fine*, citando el art. 5,1,c) del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de 1 de agosto de 1985 adaptado a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE por Real Decreto 2021/1986, de 22 de agosto.

La Sentencia del TS de 5 de junio de 1992 se refiere a esta «peculiar manifestación de los seguros en nuestra legislación vigente» afirmando que «en el presente caso no se trata de un contrato de *fianza* aun cuando sea preciso reconocer que ciertos

no dio relevancia alguna al tipo contractual del que surge la causa de garantía, en 1990, al resaltar precisamente este extremo, se desdeña la típica función de garantía que indefectiblemente desempeña el seguro de caución (141). Esto en cuanto respecta a la distinción que viene haciendo la Sala 1ª del TS entre fianza y seguro de caución en estos últimos años.

A pesar de estos vaivenes un amplio sector doctrinal en nuestro país, dejándose notar el influjo de la sólida doctrina italiana, se viene inclinando por reconocer abiertamente al seguro de caución como una forma de garantía personal frente a su configuración asegurativa (142).

sectores doctrinales vienen procurando hacer ver o poner al menos de relieve sus semejanzas con dicho contrato, y ello, porque el citado art. 68 de la Ley 50/80 lo impide claramente (...) dado que: a) si cual se ha dicho el citado precepto otorga un amplio juego a la autonomía de la voluntad, aquí ésta ha quedado suficientemente reflejada en las tantas veces citada póliza de «seguros en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro»; b) este tipo de pólizas constituye una de las muy diversas manifestaciones asegurativas que pueden realizar las Sociedades de este tipo que aparecen descritas en el art. 8 en relación con el 10 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado; c) a su vez es de llamar la atención el hecho de que en el art. 3, ap. c) de dicha Ley se comprende entre otras operaciones prohibidas a las entidades distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que haya obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, de los Ministerios competentes» (Fundamento de Derecho 4.º).

Esta Sentencia de 1992 acoge acríticamente la *finalidad de garantía* que persigue en el tráfico jurídico el seguro de caución, sin ver en ello problema alguno para la calificación jurídica. A juicio de EMBID IRUJO hubiera sido conveniente prestar alguna atención al contenido específico de la póliza suscrita, tributaria, por lo demás, de lo preceptuado en el Anexo 5 de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981. De esta forma se hubiera comprobado, efectivamente, el juego de la autonomía de la voluntad, y, a su vez, el tratamiento concreto de muchas cuestiones necesariamente auentes de la disciplina legal (delimitación del riesgo, producción del siniestro, etc.). Por otra parte, el recurso que hace el TS a normas institucionales del seguro privado no termina de resultar plenamente convincente, según EMBID, dadas las finalidades específicas —y no del todo coincidentes con las normas propiamente contractuales— perseguidas por ellas. En suma, la respuesta jurisprudencial no es convincente, y ello porque además de constatar la inclusión de la caución en la LCS, hubiera sido conveniente indagar en el propio *concepto legal*, de un lado, y en la *concreta disciplina contractual*, de otro. Una vez que hemos aceptado que la *finalidad de garantía* —causa del contrato de caución, en sentido propio— nos aleja del esquema tradicional del seguro para insertarnos propiamente en el marco de las garantías personales, lo decisivo en esta materia está en valorar con exactitud la conmixtión en un solo negocio —el seguro de caución— de elementos pertenecientes al seguro y a la fianza o, en su caso, al contrato autónomo de garantía, cosa a la que no parece ser proclive nuestro TS (cfr. EMBID IRUJO, *Cuadernos CJC*, 1992, 29, 776, pp. 639 y ss.).

(141) Cfr. CARRASCO PERARA, *Cuadernos CJC* (23), p. 659.

(142) Las razones por las que se justificó en un primer momento, y particularmente en Italia, la naturaleza asegurativa de la caución eran sustantivamente éstas: a) la estructura empresarial del garante basada en la técnica actuarial de cobertura de riesgos; b) la onerosidad del contrato, por cuanto el garante cobra una prima por asumir el riesgo, a diferencia de la fianza; c) el garante no actúa “espontáneamente”, a diferencia del fiador; d) su obligación no resulta accesoria, sino principal.

Así podemos deducirlo cuando vemos que el asegurador no paga —a diferencia del seguro de crédito— el *daño* resultante de la insolvencia del deudor, sino, de modo subsidiario, el *interés de cumplimiento* del acreedor asegurado; además el *siniestro* es el propio *incumplimiento* de sus obligaciones legales o contractuales, y no el daño eventual que pudiera resultar del mismo. Con ello vemos cómo quedan en entredicho tanto el principio indemnizatorio como el principio de aleatoriedad típicos del contrato de seguro, puesto que la compañía no asume de forma definitiva el riesgo eventual del incumplimiento del deudor, toda vez que podrá reembolsarse de éste todo pago hecho al acreedor asegurado, tal y como previene el artículo 68 LCS en su apartado final (143).

Con todo hacemos nuestra la opinión de los que sostienen que dentro del seguro de caución ni la voluntad contractual ni la causa del contrato tienen un *carácter indemnizatorio*, sino que cumplen una *función de garantía* (también utiliza esta expresión el TS en la sentencia de 1990). O con otras palabras: la *causa de garantía*, como incompatible con los principios del seguro, sería en suma el criterio definitivo de asignación de la figura al régimen de la técnica fideiussoria. (144)

Por otro lado, la *impropiedad* terminológica del artículo 68, a la que nos hemos referido en otro lugar, se nos hace más patente cuando comparamos la semántica legal con el contenido ordinario de las pólizas. De este modo, el *siniestro* tan sólo equivale al «incumplimiento por el tomador de sus obligaciones garantizadas» (145), sin que sea necesario —en contra de lo que afirma en este caso el TS— que como consecuencia del mismo *incumplimiento* «se hayan producido *daños y perjuicios* al asegurado» (146). Pero es que además, en este ámbito, las pólizas a que nos referimos están configuradas de tal modo que el acreedor-asegurado queda habilitado para decidir *unilateralmente* cuándo se ha producido aquel incumplimiento, fijación unilateral que se hace coincidir precisamente con el *requerimiento* hecho al asegurador para que pague la totalidad o parte del capital asegurado, y que éste no puede discutir (147).

(143) Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 660.

(144) Una postura distinta es la que mantiene CAMACHO DE LOS RÍOS, en «El seguro de caución. Estudio crítico», Madrid 1994, pp. 143-145.

(145) Cfr., entre otros, art. 9 de la póliza del seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro, art. 9 de la póliza del seguro de fianza a favor de la Administración, y art. 9 de la póliza de seguro en garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras. Hay que apuntar que estos artículos son una copia prácticamente textual del Anexo 5 de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, sobre condiciones generales para pólizas.

(146) Cfr: Fundamento de Derecho 4.º, de la Sentencia del TS de 19 de mayo de 1990.

(147) Ya hemos apuntado que en estos casos no es necesario que el tomador muestre o no su conformidad ni detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado, conforme a los arts. 11 y 12 del Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981.

3. *Las pólizas tasadas o estimadas.*

A todo lo dicho habría que añadir además que el carácter formal del *siniestro* comporta que la valoración del interés en estos supuestos se realice *anticipadamente* a través de las pólizas estimadas, contempladas en el artículo 28 de la LCS (148). Estas pólizas permiten entender el principio indemnizatorio de una manera flexible, constituyendo posiblemente una peculiaridad en la aplicación de ese principio. Pólizas tasadas que no son más que el instrumento convencional de la indemnización, ya que a través de las mismas, asegurador y asegurado (o tomador en el caso de la caución, por ejemplo), acuerdan expresamente la atribución al *interés asegurado* de un determinado valor que será decisivo a la hora de fijar la indemnización derivada de la producción del siniestro (149).

El uso de la póliza estimada es útil por cuanto nos permite obtener una mayor seguridad en el desarrollo de la relación jurídica, además de ser un medio de prevención y simplificación de las controversias, en el caso de que éstas se presenten. Al fijarse en la póliza estimada el *valor del interés asegurado* , una vez producido el siniestro (*incumplimiento*), el asegurado queda liberado de la prueba de ese valor y, en definitiva, de la cuantía del daño (150).

Desde 1980 la Ley de Contrato de Seguro atribuye en su artículo 28 un valor sustantivo o negocial al acuerdo por el que las partes fijan convencionalmente el valor del interés en la póliza estimada, superándose así la mera dimensión procesal del problema, que estimaba que la valoración aceptada por el asegurador implicaba solamente

(148) El art. 28 LCS dice: «No obstante lo dispuesto en el art. 25, las partes, de común acuerdo, podrán fijar en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Se entenderá que la póliza es estimada cuando el asegurador y asegurado hayan aceptado expresamente en ella el valor asignado al interés asegurado. El asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestado por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro fijado pericialmente».

(149) Cfr. EMBID IRUJO, *Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro* , La Ley 1990, p. 308. La póliza estimada, afirma EMBID, «puede conducirse, como es obvio, a que lo percibido por el asegurado exceda del valor real al tiempo del acaecimiento del siniestro; por tal razón, en el Derecho comparado es habitual permitir la reducción de tal suma cuando exceda notablemente del valor real del interés».

(150) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* , tomo 24, vol. 1, *Ley de Contrato de Seguro* , Madrid 1990, pp. 374 y 378.

una *presunción de exactitud* que se traducía en la inversión de la carga de la prueba (151).

Las pólizas tasadas o estimadas vienen, de esta forma, a constituir un supuesto peculiar del principio indemnizatorio, de progresiva utilización en el sector del seguro y, en particular, en el seguro de caución. Este principio va hoy inseparablemente unido a la evolución del contrato de seguro y su significado actual y su vigencia en las diferentes modalidades del contrato vienen siendo objeto de profunda discusión en la doctrina y en la práctica (152).

4. Seguro de caución como obligación fideiusoria.

La contraposición mencionada entre fianza y seguro debe reconducirse a sus justos términos, puesto que nada nos impide sostener que a través de una *forma contractual asegurativa* —la del seguro de caución del art. 68 de la LCS— puede llegar a crearse, y de hecho se crea, una *obligación fideiusoria* (153). Fianza y seguro no son necesariamente dos figuras excluyentes, sino que pueden estar unidas por un *vínculo causal*. En este sentido lo corrobora una exégesis del 1822 del CC,

(151) Tal y como entendía GARRIGUES, en su *Contrato de seguro terrestre*, edición de 1973, p. 175. *Vid.*, también EMBID IRUJO, *ob. cit.*, pp. 308 y ss. «A la luz de lo expuesto, dice EMBID, la tasación del interés acordada expresamente por las partes no se limita a producir una mera inversión de la carga de la prueba (como parece pensar GARRIGUES en la interpretación del art. 28 LCS, *vid. Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., *cit.*, p. 139), sino que *predetermina* el importe de la indemnización. Este principio decae, no obstante y como señala expresamente el párrafo tercero del art. 28, cuando la aceptación del asegurador «haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente». Obsérvese que el legislador no acepta sin más la impugnación del valor estimado por cualquiera de las partes con arreglo a las causas que vician la voluntad en la teoría general del negocio jurídico; se limita, más bien, a señalar las que hacen posible la oposición del asegurador (pueden verse al respecto las matizaciones de SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, *cit.*, pp. 378-379).

(152) *Cfr.* SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 355 y ss.

(153) *Cfr.* CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, pp. 661 y ss. Según éste «fianza y seguro no se sitúan al mismo nivel significativo de tipos contractuales concurrentes y, por ende, excluyentes». De lo contrario no habría más remedio, a su juicio, que dar la razón al TS y quitársela a quienes sostienen la naturaleza fideiusoria del seguro de caución. En efecto, «si la operación examinada responde al esquema causal del contrato de fianza, se trataría de una operación prohibida para las compañías de seguros», a la luz de lo prescrito en el art. 3 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 (argumento que, como apuntamos, utiliza el TS en el Fund. Jur. 4.º de la Sentencia de 19 de mayo de 1990).

a cuya luz puede interpretarse el mismo tanto como una *obligación* como un *contrato de fianza* (154).

Con todo, la fianza puede ser habitualmente —y lo es en la mayoría de los casos— un *contrato* pactado entre el garante y el acreedor, contrato típico del que nace la obligación fideiusoria disciplinada en el CC. Pero además la fianza puede ser *una descripción de la obligación fideiusoria* del garante, cuya fuente no se encuentre en un contrato típico de garantía. Y esto es posible porque el término *fianza* en el Código civil viene siempre referido a una *concreta conducta debida* por el garante. En ningún caso se mencionan obligaciones del acreedor nacidas de un eventual contrato de fianza (los arts. 1833 y 1852 no contienen obligaciones del acreedor) (155).

En resumidas cuentas podemos concluir que el seguro de caución, sin ser un contrato de fianza como hemos visto, crea sin lugar a dudas una *obligación fideiusoria*, a pesar de los términos impropios con los que se expresa el artículo 68 de la LCS. No puede ser de otra forma, toda vez que tomador, acreedor-asegurado y asegurador están de acuerdo en que ese contrato se ha pactado para cubrir al acreedor del riesgo de incumplimiento del tomador del seguro. El seguro de caución realiza pues una *función de garantía* con una *caracterización causal* que en nuestro sistema —huyendo de la remisión a la atipicidad general del 1255 del CC— sólo puede venir referida a la fianza (civil o mercantil) (156).

(154) La raíz histórica de esta interpretación radica en el hecho de que el art. 1733 (precedente del actual art. 1822 CC) del proyecto de CC de 1851 caracterizaba precisamente a la fianza como «obligación de pagar por otro». Este predicado desapareció de la redacción actual del art. 1822 del CC, pero sin que por ello haya que suponer un cambio de criterio. Además es significativo, a favor de lo que decimos, que el encabezamiento del Título XIV del Libro IV del CC no habla de «contrato de fianza», en comparación con la referencia que se hace a los contratos de prenda e hipoteca en el 1857 del CC.

(155) *Cfr.* CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 663. Para éste, la aceptación de la fianza hecha por el garante en la fianza legal o judicial no es una aceptación contractual; tanto más cuanto la fianza legal resulta de una situación de hecho descrita por la ley, sin posibilidad de que la persona elegida por la norma pueda sustraerse a esta obligación fideiusoria.

(156) *Cfr. ibid.* anterior. Vale como referencia en esta materia lo dicho a propósito de la remisión al 1255 del CC con ocasión de las denominadas garantías personales atípicas.

III. ORIENTACIONES BIBLIOGRAFICAS

- ALONSO SANCHEZ, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)*, en Anuario de Derecho Civil, 1989, 979 y ss.
- ALONSO SOTO, *Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de Contrato de Seguro*, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 199 y ss. *El seguro de la culpa*, Madrid 1977.
- ALONSO UREBA-BONARDELL LENZANO-GARCIA VILLAVERDE(COORD), *Nuevas entidades , figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990.
- ALVENTOSA DEL RIO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada 1988.
- ARAMENDIA GURREA, *La llamada carta de confort y su problemática jurídica*, en DDBB, 1984, 779 y ss.
- BARRES BENLLOCH, *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 52, 1993. *Régimen jurídico del Seguro de caución*, Pamplona 1996.
- BENATTI, *Voz Garanzia (Contrato autonomo di)*, en Novissimo Digesto Italiano, Appendice, vol. 8, Torino 1982, 918 y ss. (También en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1982, I, 171 y ss.).
- BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1982, 677 y ss.
- BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, en Diritto del Commercio internazionale, 1987, 127 y ss.
- BREHM, *L'assurance-cautionnement*, Winterthur 1960.
- CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid 1980.
- CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, 1989.
- CAMACHO DE LOS RIOS, *El Seguro de caución (Estudio crítico)*, Madrid 1994.
- CANARIS-HUECK, *Derecho de los títulos valor*, Barcelona 1988.
- CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid 1991.
Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 1990, en Cuadernos CJC, 23, 1990.
- CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona 1984
- CERDA OLMEDO, *El aval a primer requerimiento, Derecho de los negocios*, núm. 15, diciembre 1991.
Garantía independiente, Granada 1991.
- CLAVERIA GOSALBEZ, *Derecho del Seguro y Derecho Civil Patrimonial (Nota Crítica)*, en Anuario de Derecho Civil, 1105 y ss.
- COSSIO, *La fianza por deudas futuras. Interpretación a perspectivas del artículo 1825 del Código civil, Derecho de los negocios*, núm. 31, abril 1993.
- CREMADES, *Conferencias sobre Derecho Bancario Internacional*, Madrid 1985.
- CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL, Sentencia de 11 de enero de 1983, Caffarena Laporta, 1, 1983.
Sentencia de 11 de junio de 1984, Galán Corona, 6, 1984.
Sentencia de 17 de junio de 1985, Delgado Echeverría, 8, 1985.
Sentencia de 16 de diciembre de 1985, López-Uriel, 10, 1986.
Sentencia de 21 de diciembre de 1987, Pérez Alvarez, 16, 1988.
Sentencia de 23 de marzo de 1988, Guilarte Zapatero, 16, 1988.
Sentencia de 16 de septiembre de 1988, Coca Payeras, 18, 1988.
Sentencia de 2 de diciembre de 1988, Guilarte Zapatero, 18, 1988.
Sentencia de 24 de enero de 1989, Alonso Pérez, 19, 1989.

- CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, *Derechos personales de garantía; aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, CJPJ, Madrid 1995.
- CUESTA RUTE, *Algunos aspectos de la accesoriadad del aval cambiario*, La Ley 1982.
- DE SIMONE, *Nel genus fideiussioni: la garanzia 'automatica' bancaria*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1977, I, 85 y ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, *La fianza*, en Elementos de Derecho Civil, II, vol.3, Barcelona 1986.
Comentario a la Sentencia de 11 de julio de 1983, en Cuadernos CJC, 3, 1983.
- DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, en Nigro-Volpe Putzolu (a cura de), *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano 1985, 162 y ss.
- DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazioni*, en Rivista di Diritto Civile, 1961, II, 490 y ss.
- DIAZ MORENO, *Aval o garantía a primera solicitud*, *Derecho de los Negocios*, núm. 31, 1993.
Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales, RDM, I, 1993, pp. 1551 y ss.
- DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 1983.
- DONATI, *L'assicurazioni del credito*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1955, 37 y ss.
Tratato del Diritto delle assicurazioni private, Milano, 1956.
Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1957, II, 75 y ss.
- DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private*, Milano 1987.
- DUQUE DOMINGUEZ, *Las cartas de patrocinio*, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid 1990.
- ECHENIQUE GORDILLO, *Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones*, en RDBB, 1982, 147 y ss.
- EMBIÓ IRUJO, *El seguro de caución, régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley, 1986, 1064 y ss.
Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro, La Ley, 1990, 307 y ss.
Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución, La Ley, 1990, 198 y ss.
- FEDUCI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, París 1980.
- FERNANDEZ-ARMESTO, *Créditos documentarios con banco notificador y reglas y usos uniformes (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1984)*, en RDBB, 1985, 897 y ss.
- FERRI, *Garanzie bancarie da sodisfare a semplice richiesta*, en Rivista di Diritto Commerciale, 1988, II, 339 y ss.
- FONT GALAN, *Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, Assicurazioni, 1976, I, pp. 216 y ss.
- FONT RIBAS, Comentario a la Sentencia de 16 de febrero de 1983, en Cuadernos CJC, I, 1983.
- FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles 1966.
- FRAGALI, *Fideiussione e assicurazione*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1955, I, 135 y ss.
Voz Garanzia, en Enciclopedia del Diritto, tomo 18, Milano 1969, 447 y ss.
Voz Fideiussione, en Enciclopedia del Diritto, tomo 17, Milano 1968, 323 y ss.
La fideiussione generale, en Banca, Borsa e Titoli di Credito. 1971, I, 321 y ss.

- GALGANO, *Le garanzie personali*, en *Diritto Civile e Commerciale*, II, 2, Padova 1990.
- GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie*, en *Rivista Diritto Commerciale*, 1960, II, 57 y ss.
- GARCIA LUENGO, *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, 7 y ss.
- GARCIA VILLAVARDE-BONARDELL LENZANO (COORD), *Contratos Bancarios*, Madrid 1992.
- GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983.
Contratos bancarios, Madrid 1985.
- GILLIERON, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, Genève 1958.
- GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris 1964.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, artículos 1822 a 1866 del Código Civil*, tomo 23, Madrid 1990.
Comentario del Código Civil (arts. 1822 a 1856), Ministerio de Justicia, Madrid 1991, 1781 y ss.
- GULLON BALLESTEROS, *La promesa de hecho ajeno*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, 3 y ss.
Sobre el artículo 1844 del Código Civil, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990, 1027 y ss.
- HERVAS CUARTERO, *Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 11, 1983, 579 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, *La causa en los contratos de garantía*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, 709 y ss.
- LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, en *Giustizia Civile*, 1986, II, 13322.
- MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, en *Dizionario del Diritto Privato*, Milano 1982.
- MAGGIOLO, *La natura degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, en *Rivista di Diritto Privato*, 1990, II, 427 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, tomo 12, Madrid 1973.
- MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, *El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley, julio 1992.
- MARTORANO, *Voz Cauzione*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo 6, Milano 1960.
- FONT GALAN, *Natura e disciplina giuridica delle polizze rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*, en *Assicurazioni*, 1976, I, 216 y ss.
- MOLLE, *Fideiussione bancarie e assicurazione fideiussorie*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1953, I, 442 y ss.
- MONTES PENADES, *Observaciones sobre la aleatoriedad del Contrato de Seguro*, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, 155 y ss.
- MUNGARI, *Sulle garanzie cauzionali (contract bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzioni di lavori all'estero*, en *Assicurazioni*, 1979, I, 47 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguros*, I, Madrid 1982.
- PADOVINI, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, en *Contratto e Impresa*, 1991, 125 y ss.
- PEREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona 1985.
- PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Comentarios al Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones de ENNECCERUS*, tomo 2, vol. 2, 2ª parte, Barcelona 1986.

- PORTALE, *Le operazione bancarie*, I y II, Milano 1978 (Coordinador).
El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el «Garantievertrag»), en RDBB, 1990, 633 y ss.
Le garanzie bancarie internazionali, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1988, I, 1 y ss.
Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1985, I, 169 y ss.
- RASCIO, *Fideiussione omnibus*, en Dizionario del Diritto Privato, Milano 1980.
- RAVAZZONI, *Voz Fideiussione (Diritto Civile)*, en Novissimo Digesto Italiano, tomo 7, Torino 1957, 275 y ss.
La fideiussione generale, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1980, I, 257 y ss.
Fideiussione in luogo di cauzione, en Assicurazioni, I, 1959, 266 y ss.
Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, en Le operazioni bancarie II, Milano 1978.
- REYES LOPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía (Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y Jurisprudencia)*, Valencia 1996.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, *El aval*, en Estudios de la Ley Cambiaria y del Cheque, 1986.
- ROSSI, *Le garantie bancaire à première demande*, Lausanne 1990.
- SACERDOTI, *Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano*, en Assicurazioni, 1956, I, 278 y ss.
- SANCHEZ CALERO Y TIRADO SUAREZ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, Ley de Contrato de Seguro*, tomo 24, vol.I,II y III, Madrid 1985, 1990.
- SANCHEZ CALERO, *Validez de la cláusula de suicidio y carácter aleatorio del contrato de seguro*, en Estudios de Derecho Público y Privado, Estudios Serrano, II, Valladolid 1966.
- SANCHEZ GUILARTE, *Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, 51 y ss., y 587 y ss.
Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica», en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1985, 173 y ss.
Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (Comentario a la sent. de 18 de octubre de 1984 de la AT de Madrid), en RDBB, 1985, 871 y ss.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda*, en Contratos Bancarios, Madrid 1992.
- SANNA, *Accessoriarietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988.
- SANTOS, *El contrato bancario*, Bilbao 1972.
- SCYBOZ, *Le contrat de garantie et cautionnement*, Fribourg 1979.
- SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova 1988.
- SIMMLER, *Le cautionnement*, París 1982.
- STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazioni cauzioni*, en Assicurazioni, 1958, I, 61 y ss.
- TAPIA HERMIDA, *Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1989, 612 y ss.
- TIRADO SUAREZ, Apéndice a la edición española de *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, de BASTIN, 651 y ss.
Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros, en Contratos Bancarios, Madrid 1992.
- TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, en Rivista di Diritto Civile, 1992, II, 143 y ss.

URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid 1992.

VALCAVI, *Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti*, en II Foro Italiano, febrero 1990, 558 y ss.

VERDERA Y TUELLS (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I y II, Madrid 1992.

Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado, I y II, Madrid 1988.

VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I y II, Barcelona 1990.

VOLPE PUTZOLU, *Garanzie fideiussorie e attività assicurative*, en *Assicurazioni*, 1981, I, 1981, 493 y ss.

WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, Paris 1964.

Crítica filosófica a la teoría del Derecho Comparado

ARMANDO S. ANDRUET (H)

Propondremos al análisis de nuestros lectores (1) con el presente trabajo, una serie de consideraciones referidas a las vinculaciones recíprocas que cabe advertir entre la filosofía del Derecho y el Derecho Comparado (2), conceptualizando a éste, como un método de estudio y de investigación que es susceptible de ser aplicado a cualquier aspecto de la ciencia jurídica (3). Incluso también a la propia filosofía del

(1) Sobre la base de una conferencia dictada en el «Curso Superior de Derecho Comparado», organizado por la Universidad Notarial Argentina y la Universidad Católica de Córdoba, bajo la dirección del prof. Dr. Luis Moisset de Espanés.

(2) *Vide* bibliografía básica en español; DAVID, R.; «*Tratado de Derecho Civil Comparado — Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo*», Rvta. Derecho Privado, Madrid, 1953; CASTÁN TOBEÑAS, J., «*Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el método comparativo*», Reus, Madrid, 1957; DE SOLA CAÑIZARES, F.; «*El Derecho Comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 69-750; RODRÍGUEZ, J.; «*Concepto y métodos del Derecho Comparado*», México, 1941; MARTÍNEZ PAZ, E.; «*Introducción al estudio del Derecho Comparado*», Córdoba, 1934; ANGEL, M.; «*Un siglo de evolución del Derecho Comparado*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 139-1014; JUSTO, A.; «*Derecho Comparado*», Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1964, T. VII, p. 40; PIZZORUSSO, A.; «*Curso de Derecho Comparado*», Ariel, Barcelona, 1987; CONTANTINESCO, L.; «*Tratado de Derecho Comparado*», Universidad de Valparaíso, Santiago, 1987; LOSANO, M.; «*Los grandes sistemas jurídicos*», Debate, Madrid, 1982.

(3) No dejamos de reconocer las dificultades que doctrinariamente se han de formular respecto a la autonomía del Derecho Comparado, principalmente ellas son las marcadas con posterioridad a la obra del Prof. H.C. GUTTERIDGE en «*Comparative Law*», Cambridge, 1946, para quien el «El derecho Comparado no sería una rama autónoma de la ciencia jurídica sino simplemente, el empleo de un método particular, el método comparativo, aplicable a cualquier rama del Derecho». (SUSSINI, M.; Comentario crítico a la obra de ANGEL, M.; «*Utilité et methodes du droit comparé*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 146-1167).

Derecho (4).

Formulamos dicha propuesta porque en nuestra opinión, el marco del objeto material de la filosofía del Derecho no queda *cercenado* en manera alguna a aspectos sólo especulativos, como de ordinario se piensa. La filosofía del Derecho posee una dimensión práctica tan importante como la especulativa y ella autoriza —o acaso impone— el aporte desde tal orientación (5). La filosofía del Derecho tiene auténtica *autoritas* para discernir acerca del Derecho Comparado, en cualquier dimensión que se quiera comprender el mismo.

Seguro que en una primera impresión parezca de dudosa entidad la contribución que pretendemos brindar, sin embargo a no poco de andar, se ha de colegir que los diversos modos de aprehender al Derecho Comparado no lo sustraen en el mejor de los casos, de una perspectiva que supere los marcos meramente fenoménicos en que habitualmente queda inserto (6). De todas maneras, tampoco caemos en lo que a nuestro juicio es un exceso, como es pensar que el Derecho Comparado sea una ciencia eminentemente filosófica y que permite comprender en su seno una noción de ciencia del Derecho Universal Comparado (7).

El Derecho Comparado o la sola investigación comparatista —según como se prefiera, en atención a la discusión por la existencia o no de su autonomía (8)—, debe ser definido inicialmente como: «la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un

(4) De alguna manera el análisis jurídico inaugurado con J. AUSTIN usando y también abusando de la comparación, así lo demuestra (Passim «*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*», C.E.C., Madrid, 1981); GONZÁLEZ VICEN, F.; en el estudio preliminar a dicha obra así lo propone.

(5) Así corresponde, al ser la filosofía del Derecho integrante de la filosofía del obrar, la cual es práctica por excelencia. Es parte de la *scientiae activae* (cfr. VERNAUX, R.; «Introducción general y lógica», Barcelona, T. I., p. 32; DE AQUINO, T.; «*Comentarios a la metafísica de Aristóteles*», II, 2 Nro. 290; estrictamente en el plano iusfilosófico, MASSINI, C.; «*El conocimiento práctico*», Rvta. *Prudentia Iuris*, Nro. 1 (1980) 27-63.

(6) Tal mediocridad —filosóficamente hablando— no parece razonable que deba habitar *per vitam* al Derecho Comparado, evitando de esta manera que el mismo encuentre auténticamente su propia razón de ser.

(7) Cfr. DEL VECCHIO, G.; «*Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*», en Riv. Italiana per la scienza giuridica, Nro. XLV (1908) 173. Una adecuada posición a este respecto toma CIURO CALDANI, M.A.; para quien el Derecho Comparado «adquiere una perspectiva nitidamente filosófica, superadora de sus exigencias estrictamente jurídicas» (cfr. «*Filosofía y método del Derecho Comparado*», Rvta. Jurídica La Ley T. 1989-C-1081).

(8) En opinión de W. GOLDSCHMIDT tal cuestión es inexistente. La discusión respecto a que si el Derecho Comparado es una ciencia o un método, es un enfoque errado. (Cfr. «*La alonomología*», Rvta. Jurídica El Derecho, T. 77-862).

aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales y respectivos» (9).

A nuestro juicio el objeto formal del Derecho Comparado está compuesto por dos grandes esquemas operativos y cada uno de ellos, se corresponde con lo teórico y con lo práctico que a la gestión comparatista atañe (10). La dimensión práctica del Derecho Comparado es casi con exclusividad la que se cultiva por este tiempo, sin embargo junto a dicho campo activo, se levanta un espacio de análisis y estudio del Derecho Comparado, esencialmente especulativo el cual —como se indicará— en alguna de sus variantes, puede estar más próximo a lo filosófico en sentido estricto.

El objeto material por su parte, se mantiene idéntico en cualquiera de los dos casos —teórico o práctico—, siendo el mismo esencialmente explicitado por la actividad comparatista propiamente (11). En esta tesis, se impone decir entonces que el quehacer del comparatista no es otro que comparar.

Considerando la doble perspectiva del objeto formal del Derecho Comparado corresponde explicitar que la comparación como objeto material, puede estar orientada en un momento, a una finalidad práctica y es ejecutada confrontando los sistemas jurídicos nacionales, para así poder discernir mejor acerca de las conveniencias de un modelo jurídico sobre otro. En este caso, la comparación es eminentemente práctica o útil, la utilización es en la práctica jurídica. Las razones que abonan una elección en esta dimensión, se explican sólo desde la pretensión operativa, esto es hacerlo en pos de que el conocer sea en definitiva para poner dicho conocimiento en una realidad jurídica nacional determinada.

El otro modo de comparar, lo es, no ya con dicha pretensión sino con un carácter teórico y ella a su vez, puede asumir variables distintas: epidíctica, doctrinaria o propiamente filosófica. La comparación ahora, no es ya de valencia si se quiere utilitaria, es esencialmente desinteresada, es realmente especulativa (12).

(9) DE SOLA CAÑIZARES, F.; *Ob. cit.*, p. 754; GOLDSCHMIDT, *Ob. cit.*, dice que «se trata de una ciencia que investiga Derechos extranjeros, pero que en determinadas de sus partes obligatoriamente los compara entre sí y con el derecho previo, propone la sustitución de la noción de ciencia del Derecho Comparado —por ser este nombre equívoco— por el de alonomografía».

(10) *Cfr.* LATORRE, A.; «*Introducción al Derecho*», Ariel, Barcelona, 1984, p. 226.

(11) En la interesante clasificación que formula GOLDSCHMIDT de lo que en su juicio es el campo temático del Derecho Comparado —y que se resume en la distinta manera en que el binomio: estudio de Derechos extranjeros y comparación de diversos derechos—, la actividad comparatista es de indiscutida presencia, la diferencia quedará atrapada según cuál sea, la entidad de dicha comparación casual, facultativa, obligatoria parcial y obligatoria absoluta. (*Cfr.* *Ob. cit.*, p. 861).

(12) Esencialmente si el plano es filosófico en general, a pesar de las diversidades que se puedan plantear para cada uno de los momentos, dicho saber es verdaderamente

No debe creerse sin embargo que el hecho, de que el modo de comparación sea especulativo, no significa que en sí mismo no vaya a tener ninguna capacidad para incidir dentro del plano de la realidad jurídica normada, puesto que lo tendrá, pero dicha incidencia será ciertamente remota (13).

II.— La gestión del comparatista especulativo puede ser diferenciada según los ámbitos en los cuales ella es desplegada, así en: epidíctico, doctrinario y filosófico. En el caso del epidíctico es en el cual, donde mayor distancia se advierte con el comparatista práctico. El epidíctico (14) pretende la especulación sólo por tal, es el que a partir de allí formula esquemas de sistemas mejores o peores, pero sin pretender con ellos, interferir en manera alguna en los sistemas jurídicos involucrados; lo epidíctico dice ante todo de una intelectualidad egoísta, cerrada y en última instancia monodológica.

Diferente es el iuscomparatista doctrinario, quien en su actividad, irá realizando elecciones y preferencias de un sistema jurídico sobre otro (15), analizando fortalezas y debilidades en cada uno de ellos, ponderando en definitiva de acuerdo a un método de inclusión hipotética fundamental (16), cómo un sistema jurídico específico se vería transformado dada la adición o supresión de tal o cual instituto jurídico concreto.

desinteresado y también inútil. Inútil en cuanto que es la filosofía *theoria*, esto es, contemplación de la verdad de la que surgen los principios, dicha inutilidad es el signo de su intrínseca nobleza y de su utilidad profunda. La cuestión debatida entre el decir común *primun vivere deinde philosophare* y el verdadero apotegma *primun philosophare deinde vivere* se resuelve en lo dicho (cfr. CATURELLI, A.; «*La filosofía*», Del Autor, Córdoba, 1961, p. 21; MILLÁN PUELLES, A.; «*Fundamentos de filosofía*», Rialp, Madrid, 1981, p. 31).

(13) La metafísica —como eje del saber especulativo— tiene la capacidad de dirigir desde lejos al saber práctico, existe una subordinación ontológica efectiva de uno a otro (Passim BASSO, D.; «*Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico*», Rvta. *Prudentia Iuris* Nro. XIV (1984); ALVIRA, T., CLAVELL, L., MELENDO, T.; «*Metafísica*», EUNSA, Pamplona, 1989, p. 21).

(14) Propiamente la noción de epidíctico es aplicable a un género oratorio. Se trata de discursos en donde el papel del oyente no consiste en tomar una decisión, sino en apreciar el talento del orador (cfr. PERELMAN, CH.; «*Lógica jurídica y nueva retórica*», Civitas, Madrid, 1979, p. 145; ARISTÓTELES; «*Retórica*», 1358 b 12, dicho autor lo nombra como demostrativo).

(15) Utilizamos en manera indistinta nociones tales como: sistemas de derecho y familias jurídicas (cfr. DAVID, R.; *Ob. cit.*, p. 11; GOLDSCHMIDT, W.; *Ob. cit.*, p. 870).

(16) Método profusamente utilizado en el ámbito de la hermenéutica judicial, y que en el fondo, no es cosa distinta a un despliegue absoluto de la totalidad de medios existentes —y a disposición— para mejor orientar la elección del juicio y luego ordenar la acción (cfr. DE LA RUA, F.; «*El recurso de casación*», Zavalía, Bs.As., 1968, p. 175).

Por último, el comparatista iusfilósofo por excelencia tendrá como esencial preocupación el indagar desde la misma originalidad, a cada uno de los sistemas jurídicos, reconociendo que los sistemas jurídicos positivos en general, son siempre manifestaciones exteriores o fenoménicas de una determinada cultura popular; así, la gestión iusfilosófica comparatista se ahonda en los momentos iniciales —sociológicamente hablando— de un determinado ordenamiento, pretendiendo estudiar el fenómeno jurídico en una línea continua y ascendente con miras a descubrir en cada una de las familias de derecho, cuánto hay de permanente y de mudable. Procediendo incluso, a explorar cuáles son los esquemas ideológicos y filosóficos que alumbran intrínsecamente a cada uno de los estudiados sistemas de derecho, dicha operación se la hace confrontándola con otro sistema.

Tal perspectiva, creemos sin embargo, que no siempre ha sido suficientemente atendida y por tal motivo es que con frecuencia los comparatistas pueden llegar a asimilar desacertadamente y sin más que por elementos externos a sistemas jurídicos que intrínsecamente no se corresponden, o lo que con frecuencia sucede también, es que se anotan sólo las diferencias exteriores, habiendo no obstante una coincidencia absoluta en los puntos nodales de la estructura filosófica ideológica del sistema.

Precisamente, a causa de este olvido de la observación filosófica en el Derecho Comparado, se ha cultivado en dicho espacio —no siempre con debida conciencia en sus operadores— una concepción estrictamente positiva, desde que, los únicos elementos que se han tenido en cuenta para la toponomía de tales o cuales familias jurídicas han sido los exteriores con desprecio u olvido de los filosóficos o intrínsecos no necesariamente filosóficos como pueden ser los psicológicos, sociológicos y religiosos.

El olvido a veces excesivo que el Derecho positivo propicia de lo especulativo del Derecho, lo lleva en no pocos casos, a tener que condenarlo al mismo a la mera *praxis*, como absoluta conducta desmembrada de cualquier ordenación finalista y, carente de toda metafísica interna. Sin embargo, lo interesante en la ocasión es presentar o al menos denunciar que, cualquier ámbito del Derecho no importa qué familia, merece y acepta un análisis iusfilosófico comparatista como el destacado antes.

La filosofía del Derecho, más allá de lo valiosa que pueda resultar a los iusfilósofos, debe servir igualmente a quienes no lo son, esto es a los hombres que operan el mundo científico jurídico en general y comparatista en particular. Es de esperar que en cuanto descubran o se les muestre —filosofía mediante—, que todo lo jurídico es bifronte, y que no hay sólo *praxis*, como que tampoco hay sólo teoría; acepten entusiastas el aporte de la filosofía jurídica. Así el juicio medio y generalizado que se tiene de la filosofía jurídica. Así el juicio medio y generalizado que se tiene de la filosofía del Derecho se verá seriamente mejorado.

De esta manera, un estudio que sea realizado desde ambas dimensiones será auténticamente omnicomprendivo de la realidad jurídica sujeta a tal análisis (17).

El Derecho Comparado no se encuentra ajeno a dicha preocupación, en consecuencia pueden ser estudiadas científicamente y filosóficamente las diversas familias de derecho o los distintos sistemas jurídicos. Un estudio así, es lo que auténticamente puede ser nombrado como de la realidad jurídica comparada en su conjunto. Otro ensayo, sin esta percepción será siempre incompleto.

III:— Es posible sin embargo, formular un conjunto de distinciones según sea el análisis teórico o práctico.

De ordinario el estudio comparatista que se hace, es privilegiando la perspectiva sólo práctica; principalmente haciendo una selección lo más acertada posible de algunos de los métodos comparatistas existentes y/o aceptados como parte de la aplicación; desde esta dimensión, se advierte la existencia de un auténtico pluralismo metodológico en el desenvolvimiento del Derecho Comparado.

Es nuestro propósito ahora, referirnos al otro aspecto del Derecho Comparado, de menor utilización —como se dijo— y de escasa observación como es el plano filosófico propiamente, al que ya hemos caracterizado en líneas generales más arriba.

Queremos ahora macroscópicamente relacionar cuáles son los elementos operativos que tal parcela de estudio privilegia, puesto que el hecho de que sea especulativo al igual que el doctrinario y el epidíctico, no impone que haya una misma manera de explorar o cultivar sus áreas de trabajo (18).

A dichos efectos nos interesa destacar como una de las herramientas propias de este nivel, la importancia de la crítica jurídica orientada al Derecho Comparado. La noción de crítica jurídica sin duda que es capital en nuestro discurso, la misma se encuentra profundamente emparentada con lo que es, la filosofía del conocimiento. En el caso será, del conocimiento jurídico.

(17) El esquema que se está proponiendo esencialmente es el que suministra J. MARTÍNEZ DORAL, cuando afirma los planos filosóficos y científicos del Derecho como la captación especulativa del saber jurídico, y el plano prudencial como nivel práctico de dicho saber. (Passim «*La estructura del conocimiento jurídico*», EUNSA, Pamplona, 1963).

(18) De esta manera está presupuesto que el plano teórico propone tres tipos distintos de abordar la cuestión; epidíctica, doctrinaria y filosóficamente. Algunos quieren ver en esta consideración, una emulación a la teoría de los grados de abstracción en el saber especulativo, cuestión que no compartimos.

Hemos preferido la noción de crítica a otras tales como: gnoseología, epistemología, teoría del conocimiento, ideología por situarnos la crítica —en atención al estudio etimológico— en lo que es el juzgar y con ello, a la entraña misma del juicio donde se consume propiamente la verdad y la certeza (19).

Desde esta perspectiva, criticar es escoger, elegir, en definitiva juzgar el valor de una cosa en función de una regla o un ideal. Por ello existe una crítica literaria, musical y también... jurídica.

Pretendiendo caracterizar el método de la crítica jurídica —a partir de un presupuesto filosófico como es obvio— hay que destacar que es prioritariamente «reflexión o análisis, es una reflexión sobre el conocimiento; un análisis del conocimiento del Derecho no limitado» (20).

En el caso concreto del Derecho Comparado y de acuerdo a la propia consideración que nosotros venimos formulando, la teoría crítica (21) es un momento esencial a la metafísica (22), puesto que permite profundizar el estudio del fenómeno jurídico hasta sus últimas consecuencias empíriológicas (23); tal conocimiento es una fase previa del conocimiento ontológico o metafísico, puesto que, permite sobre una base histórica y factual, científicamente considerada, dar oportunidad a que se pueda realizar un estudio no ya sólo fenoménico, sino también metafísico propiamente.

En nuestra opinión, la crítica jurídica del Derecho Comparado implica abordar el conocimiento pleno de los diversos sistemas jurídicos o familias de derecho. Dentro de tal noción, se reconoce como un capítulo primario el de poder indagar y reconocer la génesis de los sistemas jurídicos o familias de derecho. Es parte entonces, del objeto

(19) Cfr. DE ALEJANDRO, J.M.; «*Gnoseología*», B.A.C., Madrid, 1974, p. 4.

(20) Cfr. VERNAUX, R.; «*Epistemología general o crítica del conocimiento*», Herder, Barcelona, 1979, p. 5.

(21) Cabe indicar, además del sentido nuclear, esencial y restringido que hemos otorgado a la crítica jurídica, hay también otro uso, un tanto más general, pero que en manera alguna puede ser despreciado porque en el fondo, se vincula con el anterior y lo completa. Esta noción se reconoce como criticismo y «es la actitud que considera la realidad, o el mundo, desde un punto de vista crítico, es decir, la actitud según la cual no es posible, ni deseable, conocer el mundo, o actuar en él sin una previa crítica, o un previo examen, de los fundamentos del conocimiento y de la acción... el criticismo no es sólo una posición en la teoría del conocimiento, sino una actitud que matiza todos los actos de la vida humana» (FERRATER MORA, J.; «*Diccionario de filosofía*», Aguilar, Madrid, 1984, T. I, p. 674, 2.ª col., voz criticismo).

(22) En este sentido diríamos que al inicio, la reflexión crítica, se ocupa de modos infrafilosóficos de conocer, cómo son el empírico y el científico para luego dar lugar a un auténtico conocimiento metafísico del Derecho (cfr. VERNAUX, R.; «*Epistemología general...*», *Ob. cit.*, p. 22).

(23) Vide MARITAIN, J.; «*Filosofía de la naturaleza*», Club de Lectores, Bs.As., 1980, p. 61; GHIRARDI, O.; «*Hermenéutica del saber*», Gredos, Madrid, 1979, p. 158.

material de la teoría crítica jurídica del Derecho Comparado el reconocer y resolver los momentos originarios de cada uno de los sistemas de derecho.

IV.— Dentro de la crítica del Derecho Comparado y dada la especial atención que brinda la misma a los orígenes, nos ha parecido apropiado nominar una fracción de su objeto material como genealogía jurídica. Bajo este nombre, se atrapan aquellos modos de pensar que son nombrados como genéticos y que se fundan en la idea de una exploración en busca de la génesis del propio pensar (24). Modalizado este aporte de la filosofía al pensamiento iusfilosófico comparado, se debe indicar que es la indagación por los orígenes, por el modo de ser originario de cada uno de los distintos sistemas jurídicos.

Dicho capítulo no puede ser despreciado porque permite con claridad posterior, seguir la línea evolutiva del Derecho desde su momento originario (25). La genealogía jurídica aparece como una pieza clave dentro de la utilización teórica del Derecho Comparado fundamentalmente de aquel, que se orienta en el plano filosófico y crítico, debido al carácter metafísico que puede poseer todo estudio de crítica jurídica.

Siendo el objeto último de todo aquél que filosofa la concreción de la unidad, utilizará de dicho aporte para la metafísica del Derecho Comparado no parece en modo alguno desatinado.

De esta manera la genealogía jurídica como parte de la crítica del Derecho Comparado propone una utilización al iuscomparatista teórico muy importante, ya sea en el plano empiriológico como en el ontológico. Por la genealogía jurídica se exploran y reconocen los distintos elementos que sirven como generadores de modelos para luego ubicar a nuevos ordenamientos en los ya clásicos sistemas de derecho.

Habitualmente los campos materiales en los que opera el iusfilósofo comparatista son los siguientes: Contenido y Principios del Derecho, Estructura del Derecho y Teoría de las Fuentes del Derecho (26). En nuestra opinión y como se ha de advertir siendo sometidos ellos a un análisis escrupuloso, brindan una seria insuficiencia en su completitud, y que se traslada a la teoría del Derecho Comparado.

(24) Se destaca con especial interés la idea de pensar genético o genealógico a J. BEAUFRET, en su prefacio a la traducción francesa de la obra de HEIDEGGER, «*Der Satz vom Grund*», 1957, p. 9/34. Se trata de un modo de pensar que consiste en remontarse a las fuentes (cfr. FERRATER MORA, J.; *Ob. cit.*, T. II, p. 1344, 1.ª col. voz genealogía, génesis, genético).

(25) Análogamente la importancia del tema, es la misma que cobran en el presente, las discusiones científicas respecto a la cosmología y cosmogonía, prioritariamente respecto a los temas que se vinculan con la formación del universo y las tesis de la explosión inicial y del big bang (cfr. COUDERC, P.; «*El universo*», Eudeba, Bs.A., 1979, p. 136).

(26) Cfr. DAVID, R.; *Ob. cit.*, p. 13.

No se trata de deficiencia porque las mismas, ontológicamente consideradas si bien no son útiles, lo son a manera de delimitadores en buena medida de la realidad jurídica comparada, sin embargo, no permiten al estudioso y doctrinario del iuscomparatismo arribar a una comprensión absoluta y primigenia del fenómeno analizado, un derecho comparado, sin la dimensión inicial que proporciona la genealogía jurídica se resuelve en una disciplina meramente estructuralista del Derecho (27).

A efectos de mejor ilustrar la consideración tripartita clásica, brevemente hemos de considerar cada uno de los aspectos que se han denotado, tratando con tal esfuerzo, dejar a la luz la ausencia que existe en el plano de los orígenes y que se pretende paliar con la consideración de la genealogía jurídica. Así el estudio de la teoría del Derecho Comparado se convierte en plena e integral en cada uno de los miembros de las distintas familias o sistemas de derecho.

V.— El estudio comparativo que se efectúa bajo el rótulo de los contenidos en el Derecho; no es otra cosa que, el análisis de los distintos principios que tal o cual familia de derecho reconozca como válidos, razonables o valiosos a los efectos de las tomas de decisión posteriores por los jueces (28).

Con rapidez se puede advertir, que estando de por medio los principios que informan a una determinada familia de derecho, la cuestión se complica en grado sumo, puesto que en definitiva el tema se traslada a lo ideológico filosófico, principalmente tras la huella de saber si dicha familia de derecho se inclina o adhiere en mayor o menor medida a una concepción inmanentista o trascendentalista del Derecho positivo (29).

(27) Sabemos la dificultad existente en la comprensión unívoca de lo que es «estructuralismo», y de lo agravado que se vuelve al decirlo del Derecho.

Queremos con la noción, indicar que el Derecho es sólo reconocido como estructuras en nada vinculadas o equiparables a realidades últimas de carácter metafísico. Metodológicamente son principios de explicación y ontológicamente formas según las cuales se articulan las realidades (cfr. FERRATER MORA., J.; *Ob. cit.*, T. II, p. 1046, voz estructuralismo).

(28) La consideración mínima en tal cuestión; es la de saber cuáles elementos integran el ordenamiento jurídico, cómo se colman sus lagunas, y qué rol cumple la voluntad del juez en la sanción sentencial, etc.

(29) Cfr. GRANERIS, G.; «Contribución tomista a la filosofía del Derecho», Eudeba, Bs.As., 1979, p. 9. Preferimos hablar de esta manera para evitar escozores en algunos ámbitos —hoy anacrónicos— que todavía siguen enfrentando insensatamente lo positivo a lo natural, teniendo por claro que ninguna de tales cuestiones en soledad, operativamente, pueden llegar a buen resultado; en un caso, por el riesgo de deshumanizarse de manera tal que obligue a que el hombre, se deba formalizar a una estructura y comportamiento para el cual no está preparado. El restante por la auténtica imposibilidad de imponer conductas de extensión restringida tanto material como espacial.

No caben dudas respecto a la importancia que toma en dicha indagación el poder conectar tales conclusiones, con las propuestas que la genealogía jurídica proporcione.

No basta con saber cuál es, por caso, la vinculación filosófica o ideológica de una determina familia jurídica sino tan importante acaso como ello, es averiguar —mediante la genealogía jurídica— cómo se relaciona tal extremo con los orígenes de la familia jurídica.

Otro de los elementos de los que se debe servir el estudioso del Derecho Comparado, se refiere a la cabal comprensión de la Estructura del Derecho de la familia jurídica que tiene como operación, debiendo entenderse por tal, el conocimiento de las divisiones primarias de dicho ordenamiento positivo como igualmente, del conjunto de conceptos jurídicos fundamentales con los cuales se articula el mismo.

Habiendo sin duda, una muy profunda vinculación entre la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales y las adhesiones filosóficas que en dichas familias jurídicas se emplacen (30), la incorporación del análisis desde la perspectiva genealógica, permitirá descubrir la existencia o no, de alguna línea evolutiva coherente de los conceptos jurídicos desde su origen (31). A partir del conocimiento inicial de los conceptos jurídicos confrontándolos con los actuales (32), podrán explicarse las mutaciones o evoluciones del Derecho (33), permitiendo incluso, poner en crisis una noción que está arraigada en el Derecho Comparado como es la del fijismo a tal o cual familia de derecho.

(30) Cfr. nuestro trabajo «*El tema de los conceptos jurídicos fundamentales — en la perspectiva nominalista y realista*» en Semanario Jurídico Nro. 808 (20-9-90).

(31) El Prof. O. GHIRARDI aunque en un modo todavía no totalmente sistemático ha introducido meditadas consideraciones y ensayos al respecto. Por tal razón estimé de pleno provecho para otros estudios que en el futuro se puedan asumir, citar brevemente la bibliografía del nombrado donde la cuestión de los conceptos, virtualmente está analizada. Cfr: «Notes pour une epistemologie des concepts juridiques» en Rvta. Beiheft A.R.S.P. Nro. 25 (1986- Stuttgart) 140; «*Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux*» en Rvta. de la Recherche Juridique Droit Prospectif Nro. 23 (1985- Marseille), 723; «*El concepto persona en el Derecho*» en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, T. XXV, 1986, Córdoba.

(32) Puesto que presumimos con gran solvencia, que las admitidas unánimemente como familias de derecho son de reconocida historicidad y por lo tanto, debe haber habido clara evolución en no pocos de sus conceptos jurídicos. El ya citado GHIRARDI en el trabajo «*Quelques réflexions sur...*» muestra a manera de ejemplificación la evolución del concepto daño en la familia jurídica romanista continental.

(33) La diferencia a nuestro juicio es que cuando nos referimos a evolución, indicamos una línea continua donde es el mismo núcleo del concepto jurídico el que se amplía o se restringe; en cambio la noción de *mutación* es la introducción de un nuevo concepto jurídico sin anterior presencia como por ejemplo el de *tercerista biológico* —según nosotros hemos utilizado— a propósito de las nuevas formas de reproducción humana asistida (passim nuestro opúsculo «*La fecundación in vitro —Ensayo ético jurídico*», La Moneda, Córdoba, 1986).

El tercer elemento con que habitualmente se cuenta a los efectos de elaborar estudios de la teoría del Derecho Comparado se refiere, a las Fuentes del Derecho. En dicho tópico, se indaga respecto a cuáles son los manantiales formales y materiales por donde se expone el Derecho o de donde fluye el mismo.

Dicho análisis, puede parecer en lo inmediato tener mucho que ver con lo que nosotros proponemos bajo el rótulo de genealogía del derecho; y en verdad somos de la opinión que así debería ser, si el esquema de estudio y de abordamiento de las fuentes del Derecho fuera dinámico y superador de una visión absolutamente positiva (34). No siendo sin embargo, ello así, la presunta superposición queda plenamente desalentada.

Todo estudio que de las fuentes del Derecho se produce, nos proporciona una cristalización de dicho sistema jurídico; pero en modo alguno, se propone descubrir el motivo, la razón o causa de ello, su misión se agota con explicar lo que fenoménicamente se observa, desde esta perspectiva, la genealogía jurídica permitirá a la teoría tradicional o limitatoria de las fuentes del Derecho, enlazar el estatismo que las caracteriza con una comprensión de sus causas.

Por el conjunto de consideraciones que hasta aquí nos hemos permitido hacer, a propósito de la genealogía jurídica; estimamos que la incorporación de tal criterio, superaría la insuficiencia ya denunciada de un esquema tripartito. Con este cuarto elemento —genealogía jurídica— se podrá profundizar sobre áreas no exploradas por los anteriores enfoques y acercará sin dudas un análisis sobre los aspectos vinculados principalmente con lo que es originario de las distintas familias de derecho (35).

Se trata entonces de un estudio por las causas de los sistemas de derecho debiendo entenderse causas en un sentido no exclusivamente metafísico sino también físico.

Las causas metafísicas serán centro de atención y estudio casi con exclusividad por la sección metafísica del Derecho Comparado (36); la noción de causa física por el contrario, apela a la comprensión de

(34) Cfr. nuestro trabajo «Fuentes del Derecho» en Rvta. Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Nro. 61 (1991) 19.

(35) El aporte fundamental a lo que hemos denominado genealogía jurídica lo hallamos en el trabajo de GHIRARDI, O.; «Un antiguo problema siempre actual. Common law, Derecho continental y el problema de los universales», en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales del Cincuentenario (año académico 1990), Córdoba, 1991. Fue la lectura de dicho estudio la que motivó el presente ensayo por lo cual, tributamos otra vez, público agradecimiento a quien tanto debemos.

(36) Vide FRAGUEIRO, A., «Las causas del Derecho»; Assandri, Córdoba, 1949; VIGO, R.; «Las causas del Derecho»; Abeledo Perrot, Bs.As., 1983; también nuestro inédito aún «Curso de metafísica del Derecho», Córdoba, 1985.

vincular tras ella, elementos intrínsecos y extrínsecos que posibilitaron la génesis determinada de una familia jurídica.

Dentro de ese profuso cuadro de causas nombradas en último lugar; y que en el caso rigen el acontecer del Derecho, pueden incluirse desde las que son psicológicas, históricas, culturales, étnicas, sociológicas, políticas, económicas, geográficas y religiosas, hasta otras más extremas, que posibiliten dar respuesta adecuada al principio de razón suficiente del Derecho Comparado genealógicamente considerado, el que tendría un postulado análogo al siguiente: «¿por qué tal familia de derecho es de este modo, fenoménicamente considerada; por qué corresponde a esta naturaleza; y no a otra distinta?».

La pregunta antes que metafísica u ontológica, es del aquí y ahora, y exige una respuesta comprometida con las explicaciones profundas y no meramente contingentes que se puedan brindar.

De esta manera se podrá llevar adelante un estudio de los diferentes sistemas de derecho, no sólo por lo distinto o semejante que en el hoy puedan ser, sino principalmente presuponiendo que sólo en cuanto, se conozcan las diferencias o semejanzas originarias, allí en el *ilo temporis*, podrán realizarse también estudios comparatistas de reconocida ponderación y con auténtica calidad científica. Desconociendo los orígenes, el análisis que se puede realizar —aunque bueno—, es siempre más, el fruto del azar que del trabajo auténticamente especulativo que en estas cosas debe ejecutarse en manera auténticamente constringente.

Mientras más se ciña el modo de estudio a la cosa estudiada, habrá menos espacios librados al azar y así, se podrá decir con razón que el fenómeno jurídico es conocido auténticamente; de lo contrario se conoce sólo el presente del derecho de tal o cual familia, lo cual en el caso extremo de aceptación pasiva, puede importar adherir —tal vez implícitamente— a la tesis de que el Derecho es una realidad ahistórica lo cual es severamente un despropósito.

En nuestro criterio la genealogía jurídica se inscribe como de especial interés dentro de la teoría comparatista, siendo herramienta clave para comprender cualquier variación dentro del sistema de Derecho en análisis, es más, aparece de repente tan valiosa que se puede llegar a afirmar, que no existe teoría válida *in integrum* del Derecho Comparado, sino a partir del aporte que se obtiene de este cultivo.

La genealogía jurídica propondría una suerte de descenso a lo fundante; sin embargo en la preocupación genealógica la vuelta es al fondo del fondo, es *grund des grundes* y lo es, no para hacer historia, ni tampoco para deleitarse con revivir el pasado, sino para hacer el pasado presente, de esta manera transparente y sólo de esta forma auténticamente comprensible.

Tomando como parámetros para la comprensión absoluta del Derecho Comparado los cuatro elementos de los que venimos hablando, estimamos que la utilización en conjunto de ellos no dudamos de calificarla como de contenido altamente valioso para la filosofía del Derecho. Ello con auténtica independencia que el *homo* comparatista esté en posesión o no de dicha consideración, en no pocos casos la pregunta genealógica en lo jurídico —comparado o no—, es de estricto orden filosófico en su respuesta (37).

Por el contrario —también creemos— que, una preocupación pivotada sólo en los tres elementos clásicos es típica y exclusivamente jurídica, puesto que hay un apetito intelectual que se satisface en la averiguación del saber juzgar y preferir un fenómeno jurídico sobre otro; pero si a tal actitud le anexamos la presencia de la preocupación genealógica, la comparación se efectúa no sólo para juzgar y preferir, sino prioritariamente para comprender el por qué del fenómeno en su conjunto (38), de esta manera, se habrán de superar obligadamente los despliegues meramente normativos de los sistemas de derecho que se comparan, incorporando dimensiones axiológicas, sociológicas y etiológicas no tenidas antes suficientemente en cuenta.

(37) Subyace aquí la cuestión, de que lo que condiciona en gran medida el acto filosófico es más la interrogación que la respuesta. No hay dudas que una buena pregunta asegura una mejor respuesta (cfr. ARISTÓTELES, «Tópicos», VIII, 1,4,5).

(38) Cfr. CIURO CALDANI, M.A.; *Ob. cit.*, p. 1082.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

IMPREVISIÓN Legislación de América del Sur

LUIS MOISSET DE ESPANÉS (*)

SUMARIO: I.— Antecedentes históricos. a) Francia. b) La inflación. II.— La figura en la legislación iberoamericana moderna. III.— Argentina. a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. b) El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia. c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso. e) La ley 17.711: artículo 1198, 2.^a parte. f) Elementos y condiciones de ejercicio. g) Actos en que encuentra aplicación. h) Acciones concedidas. i) Ley de unificación civil y comercial (1987-1991). IV.— Bolivia (1975). V.— Perú. a) Los códigos de 1852 y 1936. b) Doctrina y jurisprudencia. c) El proceso de reforma. d) El nuevo Código de 1984. VI.— Paraguay (1987). VII.— Colombia. a) Los integrantes de la familia «chilena». b) Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983. VIII.— Uruguay. IX.— Conclusión.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En realidad la teoría de la imprevisión reconoce antecedentes muy antiguos, algunos de los cuáles se remontan al Derecho Romano.

No hablamos del Derecho romano clásico, del siglo segundo de nuestra era; ni siquiera del Derecho romano justiniano. Pero, no debemos olvidar que el Derecho Romano abarca un período de más de veinte siglos, que van desde la fundación de Roma, en 750 AC., hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos, momento en el cual

(*) 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 Legislación y Jurisprudencia de Granada.

deja de aplicarse el Derecho romano bizantino, que tuvo su exponente más alto, quizás, en el *Corpus Iuris* de Justiniano.

En la Edad Media, mientras el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por la escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del Digesto. En ese momento, y especialmente por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*», que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras «las cosas (*rebus*) siguieran siendo lo que eran al contratar (*sic stantibus*)».

Es cierto que lo que nosotros llamamos hoy teoría de la «imprevisión», y que otros denominan «lesión sobreviniente», o «excesiva onerosidad», es una figura relativamente moderna, ya que nace en las primeras décadas de este siglo, con motivo de graves alteraciones económicas provocadas por la Primera Guerra Mundial, y los gravísimos procesos inflacionarios que luego de su finalización se desencadenaron en algunos países europeos, como Alemania, obligando a los juristas a aguzar su ingenio para buscar solución a las injusticias que introducían estos hechos en la relación contractual, al generar notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Lo dicho no significa que con anterioridad no se hayan planteado problemas similares; insistimos en recordar que los glosadores hablaban de la cláusula *rebus sic stantibus* que se consideraba implícita en las convenciones y en cuya virtud se mitigaba el *pacta sunt servanda*, ya que se consideraba que si bien es cierto que las obligaciones nacidas de un contrato debían ser cumplidas estrictamente, este deber subsistía mientras las cosas permanecieran o se mantuviesen tal como se las había tenido en consideración en el momento de concebirse el contrato. Pero si sobrevenían circunstancias posteriores que alteraban las bases tenidas en vista, podía resultar necesario intervenir por diversos medios para revisar el contrato y darle una formulación nueva, que no resultase dañosa para el equilibrio originalmente previsto.

Nació así la teoría de la llamada «cláusula implícita», que no era realmente una cláusula porque las partes no la habían incorporado expresamente al contrato; pero, fundándose en la buena fe que debe presidir la relación contractual, se presumía que se encontraba implícita en toda convención y, en virtud de ella, si variaban las circunstancias el deudor podía dejar de encontrarse obligado.

Transcurre el tiempo, se transforman las concepciones filosóficas que dan sustento al ordenamiento jurídico, se acentúa el principio de la

«autonomía de la voluntad», es decir la libertad de las partes para establecer sus obligaciones y derechos y, como consecuencia de estas concepciones a fines del siglo XVIII prevalece el concepto de que al interpretar el contrato hay que atenerse a la voluntad expresa de las partes y que el hecho de que hubiesen variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar, no resultaba suficiente para alterar las condiciones que las partes fijaron, si ese cambio de circunstancias no había sido expresamente previsto.

Pero la evolución de las ideas no se detiene y los juristas advierten que el llevar a sus máximos extremos la aplicación del «pacta sunt servanda», es decir el rígido y estricto cumplimiento de los pactos, puede originar gravísimas injusticias, en especial cuando las partes no se encontraban en un pie de igualdad al celebrar el contrato, o cuando no podían prever el advenimiento de hechos que alterarían gravemente las circunstancias tenidas en mira al contratar, provocando graves desequilibrios entre las prestaciones. Vemos así que los juristas, procurando que reine el valor supremo, la *justicia*, deciden sacrificar en alguna medida el valor *seguridad* y buscar algún remedio por la vía de la *equidad*.

Aparecen así formulaciones como la de WINDSCHEID, aquel sábio jurista alemán que a fines del siglo pasado trabajó con tanto ahinco en la labor preparatoria del B.G.B., que elaboró la llamada teoría de la «presuposición», en virtud de la cual se sostiene que en todos los contratos se encuentran presentes como presupuestos objetivos ciertas condiciones básicas, y que si ellas se alteran, es lógico que se alteren también las prestaciones que estaban a cargo de las partes.

Recordaremos brevemente que esta teoría es criticada por LENEL, y que a principios de este siglo OERTMANN la reelabora, hablando de las «bases del negocio», camino seguido también por LARENZ, pero que muchos continúan considerando impreciso y peligroso para la seguridad de las relaciones jurídicas.

En el derecho inglés, por su parte, vemos aparecer —también a principios de este siglo— la llamada doctrina de la «frustration», que acepta la revisión de contratos que habían sido privados totalmente de «consideration» (causa). Los precedentes más importantes de esta teoría se dan con motivo de no haberse efectuado el desfile previsto para la Coronación de Eduardo VII, suspendido por enfermedad del monarca (1).

(1) Puede consultarse un resumen de los principales precedentes que se sentaron con este motivo en Vicente ESPERT SANZ: «La frustración del fin del contrato», Tecnos, Madrid, 1968, p. 45 y ss.

El mencionado autor resume la doctrina de la «frustration», diciendo que ella contempla los casos en que «un contrato pierde su eficacia a consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección hacen que su cumplimiento devenga ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril» (obra citada, p. 52).

Lo interesante es advertir este nuevo cambio en la opinión jurídica que vuelve a admitir la posibilidad de revisar, en algunos casos, las obligaciones que las partes habían contraído.

a) **Francia.**

En 1916 encontramos un valioso antecedente jurisprudencial en el caso que enfrentó a la Compañía de Alumbrados de Burdeos, con la Municipalidad de esa ciudad y que fue fallado por el Consejo de Estado admitiendo la revisión del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión (2). Vemos así que mientras en el ámbito del derecho civil los jueces no aceptaban revisar los contratos —actitud que siguió manteniendo la doctrina mayoritaria—, en el terreno del derecho administrativo, por razones de necesidad pública, la doctrina de la imprevisión se abrió paso.

Recordemos brevemente cuáles fueron las circunstancias del caso. La Primera Guerra Mundial, y la ocupación por los alemanes de la cuenca carbonífera francesa de la zona norte del país, dificultaron y encarecieron sobremanera la provisión de ese combustible ya que debió recurrirse al carbón inglés de la región de Gales.

La Compañía de Alumbrado de Burdeos, que por el contrato de concesión estaba obligada a suministrar electricidad a determinado precio, solicitó la revisión de las tarifas que debía aplicar, porque —debido a los costos del carbón— le resultaban insuficientes las sumas que percibía. Si se hubiese aplicado estrictamente el principio del «*pacta sunt servanda*», que inspiraba al Código Napoleón, la consecuencia hubiera sido la quiebra de la compañía y la ciudad de Burdeos se hubiese quedado sin gas ni electricidad. Prevalció entonces el interés público y el Consejo de Estado encontró como único camino aplicar la teoría de la «imprevisión» para justificar la revisión de los precios.

Afirmó en esa oportunidad el Consejo de Estado que si un contrato de cumplimiento continuado se veía afectado por circunstancias imprevisibles, que de ninguna manera pudieron ser tomadas en consideración por las partes al momento de celebrarlo, y como consecuencia de ello la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, la justicia podía revisar el contrato restableciendo el equilibrio. Adviértase que el principal interés del Consejo de Estado es asegurar la permanencia y funcionamiento del servicio público, y que

(2) Fallo del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916.

Su texto puede consultarse en MAZEAUD, «*Leçons de droit civil*», T. I, 1er. vol., 9.^a ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1989, p. 350 (lectura de la lección 14).

la revisión dispuesta deja a cargo del deudor una parte de los perjuicios provocados por las nuevas e imprevisibles circunstancias (3).

También encontramos un precedente legislativo, aunque la norma no tiene carácter general y permanente, sino que es una medida de emergencia, a la que se fija un límite temporal para su ejercicio. Poco antes de concluir la Primera Guerra Mundial se sancionó la Ley Failliot (4), llamada así por el nombre de su promotor, que es uno de los primeros antecedentes legislativos de la teoría de la imprevisión. Se refería a los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del primero de agosto de 1914, que generaban prestaciones sucesivas o diferidas. El juez no podía revisar el contrato, sino solamente suspenderlo o rescindirlo, con o sin el pago de daños y perjuicios (5).

El actor debía fundarse en «que en razón del estado de guerra la ejecución de las obligaciones ... acarrearía cargas, o le causaría perjuicios cuya importancia sobrepasaría en mucho las provisiones que razonablemente pudieron efectuarse a la época de la convención» (6). La ley preveía un procedimiento de conciliación previo obligatorio (7); y, como hemos dicho, tenía carácter transitorio, ya que su aplicación debía detenerse tres meses después de cesadas las hostilidades, aunque luego sus efectos fueron prorrogados hasta el 31 de julio de 1920.

b) La inflación.

Pero lo que dio mayor impulso al análisis de la teoría de la imprevisión, haciendo que no solamente se aplicará en algunas sentencias, sino también que luego alcanzase consagración en textos legales, fueron los agudos procesos inflacionarios que al concluir la Primera Guerra Mundial se desataron en varios países de Europa, en especial en Alemania, donde alcanzó dimensiones sorprendentes.

La inflación es un verdadero flagelo que ha existido quizás en todas las épocas, pero que adquirió características inusitadas en nuestro siglo, en especial por haberse reemplazado el dinero de pleno contenido por el papel moneda, lo que permite incrementar sin límites el circulante. En lo que interesa a nuestro estudio puede admitirse que en nuestra época se presentó, inicialmente, como un hecho extraordinario

(3) Conf. MAZEAUD, obra citada, T. II, 1er. vol., 7.ª ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1985, p. 851 (lectura de la lección 38).

(4) Data del 21 de enero de 1918.

(5) Más adelante veremos como esta limitación aparece en la propuesta que se formuló en Argentina, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

(6) Art. 2 de la Ley Failliot.

(7) Art. 3, Ley Failliot.

e imprevisible, y provocó desequilibrios de tal magnitud en las prestaciones, que los juristas consideraron posible echar mano de la teoría de la imprevisión como remedio para algunos de los males que originaba la inflación.

Los jueces alemanes resolvieron numerosos casos que BOEHMER, en su obra «El derecho a través de la jurisprudencia», analiza muy bien (8); y en el terreno legislativo encontramos fórmulas que consagran la imprevisión, como la incluida en el Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones (9), la del Código Polaco de las Obligaciones y la incorporada posteriormente en los arts. 1467 a 1469 del Código italiano de 1942.

Estas inquietudes reiteradas en diversos países habían tenido como principal motor a la inflación. Pero aquí se hace necesario destacar un hecho aparentemente paradójal, cuando la teoría de la imprevisión se incorpora al arsenal legislativo, la inflación está ya instalada de manera permanente en la economía y el fenómeno ha dejado de ser un hecho «extraordinario e imprevisible» para transformarse en algo estructural que las partes toman en vista al contratar. Resulta entonces que la inflación, que en su momento provocó que se admitiera legalmente la teoría de la imprevisión, ha dejado de reunir los requisitos básicos para que pueda aplicársele esa norma.

II. LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN IBEROAMERICANA MODERNA

Es un lugar común criticar los excesos a que condujo el individualismo liberal que presidió la codificación del siglo XIX, que inspirado por el tríptico de «libertad, igualdad y fraternidad», dio primacía absoluta a la libertad contractual, olvidó que las partes no se encontraban en situación de igualdad y no dio proyección jurídica a la idea de fraternidad.

A poco andar la situación fue aprovechada por los más fuertes, inteligentes o poderosos, provocando flagrantes situaciones de injusticia que jueces, legisladores y juristas en general, procuraron remediar.

(8) BOEHMER, Gustav: «El derecho a través de la jurisprudencia» (traducción al castellano de José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1959.

Ver en especial el Capítulo Quinto: La repercusión de las dos guerras mundiales, de las posguerras, y de las reformas monetarias en las relaciones de derecho privado.

(9) «Art. 269.— Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas e implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dictar la resolución».

Para lograrlo se procuró remozar antiguas figuras, como la lesión, que reapareció con el añadido de elementos subjetivos (inferioridad de la víctima y aprovechamiento de la otra parte), o la cláusula «rebus sic stantibus», limitada en sus alcances por la precisión de que el cambio de circunstancias debía provocar una «onerosidad excesiva», ser «imprevisto y extraordinario», y se ponía de relieve la mala fe de quien pretendía aprovechar estos acontecimientos para obtener ventajas que carecían de justificación.

De esta forma el siglo XX inicia un camino que muchos denominan de socialización» del derecho, que tiene principalmente en mira la protección de la parte más débil en la contratación. A veces se habla de una nueva aplicación del principio del «favor debitoris», pero en realidad es más apropiado hablar de «favor o defensa del débil», ya que muchas veces no es el deudor, sino el acreedor, quien se encuentra en situación de inferioridad, como sucede en los contratos de seguro.

En el último cuarto de siglo ha sido una constante su inclusión en los códigos iberoamericanos, como podemos comprobarlo si pasamos revista a los correspondientes textos: las reformas que la ley 17.711 introdujo en 1968 al Código civil argentino, y los nuevos Códigos de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1986), como así también el Proyecto colombiano, ejemplifican esta adhesión a las corrientes solidaristas que entienden debe protegerse al deudor contra todo tipo de aprovechamientos.

Procuraremos analizar esos cuerpos legales, aun que razones de tiempo y espacio nos impida efectuar el análisis pormenorizado de los elementos que integran la figura, ni de su campo de aplicación, limitándonos a señalar sus características más sobresalientes, a saber:

- 1) Desequilibrio entre las prestaciones **sobrevenido** con posterioridad a la celebración del contrato;
- 2) **Onerosidad excesiva**, que hace muy gravosa la ejecución de la prestación, aunque sea posible cumplirla (esto la diferencia del caso fortuito) o la torna exigua perjudicando gravemente al acreedor;
- 3) **Imprevisibilidad y extraordinariedad** del hecho que provocó el desequilibrio;
- 4) La **resolución** como remedio, pero también —y preferentemente—, el **reajuste o modificación**.
- 5) Exclusión del remedio cuando el desequilibrio está causado por culpa o mora de la propia víctima.

III. ARGENTINA

a) Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Queremos señalar aquí un antecedente que resulta verdaderamente precursor, y pone de relieve la atención con que los juristas iberoamericanos han seguido la evolución socio-económica, procurando modernizar las normas vigentes en sus respectivos países para adecuarlas a los cambios que se iban produciendo.

En Argentina ese proceso de modernización comienza con la designación en 1925 de una Comisión encargada de proyectar reformas al Código de Vélez, cuyos principales frutos se plasman en el Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de 1936. Es cierto que en ninguno de esos intentos aparece la teoría de la imprevisión, pero debe destacarse que en 1937 se reúne en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, para estudiar las virtudes y defectos del Proyecto de 1936, y ese Congreso, a propuesta del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, incluye como tema 19 el interrogante de si **¿conviene incorporar a la legislación civil algunos de los principios de la doctrina de la «imprevisión» o del «riesgo imprevisible»?** (10)

La Comisión encargada de estudiar el tema, integrada por cinco destacados catedráticos de Derecho Civil (11), formuló un despacho por el que recomendaba al Congreso de la Nación que diese «cabida a la doctrina de la imprevisión» (12), aunque había cierta diferencia de fundamentos entre quienes lo suscribían, pues mientras el profesor Carlomagno propiciaba que se hiciese solamente una alusión a que surge del principio general de buena fe, cuya aplicación puede ser efectuada por los jueces con gran amplitud (13), permitiéndoles no sólo rescindir el contrato o suspender su aplicación, sino también

(10) Ver «Actas. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil», Imp. de la Universidad, Córdoba, 1939, p. 9.

(11) Hipólito MONTAGNÉ, Pedro LEÓN, Estanislao D. BERROTARÁN, Alfredo ORGAZ y Adelqui CARLOMAGNO.

(12) «Vuestra Comisión... os aconseja, ... la siguiente declaración: «Que la Comisión Interparlamentaria dé cabida a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibre los factores a que se ha hecho referencia en el curso del presente despacho» (ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 433).

(13) «... debe dar cabida al instituto de la imprevisión, considerando ... que él surge a través del concepto general y amplio de buena fe...» (conclusión 2.ª), y que «... la doctrina de la imprevisión no puede ni debe ser especificada y aplicada sino única y exclusivamente por la vía de la interpretación judicial, para lo cual las facultades de los jueces, por la naturaleza misma y fines esenciales del instituto en cuestión, deben ser lo suficientemente amplias, so pena de incurrirse en arbitrariedad» (conclusión 3.ª), ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 438 y 439.

modificarlo (14), los restantes miembros de la Comisión creían indispensable, por una razón de prudencia, tipificar la figura, determinando el carácter excepcional del precepto y, pese a la falta de antecedentes en los cuerpos legales vigentes a esa época, se inspiraban en las decisiones del Consejo de Estado francés, y en la Ley Failliot, para proponer la siguiente fórmula que, lamentablemente, no alcanzó a ser considerada:

«Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente» (15).

Procuraban por esta vía fijar los elementos de la figura y sus condiciones de ejercicio, dando pautas orientadoras que al par que atendiesen a las razones de equidad que la inspiran, no vulnerasen de manera excesiva la seguridad jurídica que reclaman los justiciables.

No olvidemos que con anterioridad a la celebración del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil algunos autores argentinos, como Anastasi (16) y el propio Carlomagno (17), se habían preocupado de la teoría de la imprevisión, y hubo también una tesis doctoral sobre el tema (18).

(14) Ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 434 *in fine*, y 435.

(15) Ver «Actas. Segundo Congreso...», p. 434.

Debe señalarse especialmente que la mayoría de la Comisión no se atrevía a conceder a los jueces una facultad amplia de «modificación» de los contratos, y optaba por facultarlos solamente a rescindirlos, o suspenderlos temporariamente, estimando que «la suspensión puede dar tiempo a la sanción de leyes de emergencia que pongan remedio a las situaciones extremas».

(16) ANASTASI, Leonidas: Las teorías de la imprevisión, de la cláusula «*rebus sic stantibus*» y de la presuposición, Jurisprudencia Argentina 29-576 y Jurisprudencia Argentina 31-419.

En adelante citaremos esta colección jurisprudencial como J.A.

(17) CARLOMAGNO, Adelqui: «La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general», J.A. 43-17 (sec. doct.).

Posteriormente volvió sobre el tema en: «La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos», Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Año V, n.º 18, enero-abril 1950, p. 69; y «Algo más sobre la imprevisión», J.A 1961 - IV - 75 (sec. doct.).

(18) CARDINI, Eugenio Osvaldo: La teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1937.

b) El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia

El Proyecto de 1936 quedó en las carpetas del Congreso de la Nación; posteriormente desde el Ministerio de Justicia de la Nación, y bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se elaboró el Anteproyecto de 1954, que incluyó una norma sobre la excesiva onerosidad sobreviniente (19), inspirada en la solución ya consagrada por el Código italiano de 1942, en sus artículos 1467 a 1469.

La doctrina nacional en varias oportunidades señaló la necesidad de que se incorporase al Código la teoría de la imprevisión, en especial para poner remedio a los efectos de la inflación que se había desatado a partir de 1946, y hubo algunos fallos que de manera más o menos explícita le dieron cabida, como uno de la Cámara Civil 2.^a de la Capital, en el que se expresó que «el juez puede tomar en cuenta las nuevas circunstancias para fijar la posición de las partes equitativamente, al variar el medio económico y jurídico que condicionó consciente o inconscientemente el convenio» (20). Nuestro maestro, Pedro León, recordaba siempre en sus clases un fallo inédito, vinculado con la obra del camino de las Altas Cumbres, en el cual se admitió el reclamo de variación en los costos provocado por el cambio de circunstancias que la inflación había provocado (21).

(19) «Art. 1025 (Anteproyecto de 1954).— En los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes llegase a ser extremadamente onerosa, por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la rescisión del convenio, salvo que la otra parte se aviniere a modificar equitativamente las condiciones pactadas.

Si el contrato fuese unilateral, podrá el deudor en las circunstancias expresadas pedir una reducción de su prestación, o bien alguna modificación en el modo de efectuar el cumplimiento, que sea bastante para retornar la obligación a la equidad.

Lo dispuesto en este artículo no rige en los contratos aleatorios».

(20) Ver JA., 1951 - V - 675.

(21) En nuestro Curso de Obligaciones (*Advocatus*, Córdoba, 1993, T. II, p. 133) recordamos este caso diciendo textualmente:

«León, en sus clases citaba un precedente cordobés, cuando se realizó el llamado *Camino de las Altas Cumbres*, obra que era monumental en su época, ya que atraviesa la Sierra Grande y llega hasta Mina Clavero, al oeste de la provincia, la obra tropezó con condiciones sumamente difíciles, a raíz de lo áspero de la sierra. Para colmo sobrevino la Segunda Guerra Mundial, entonces el contratista que había obtenido la licitación para ejecutar la obra se encontró con que si cumplía las condiciones establecidas en el contrato, se arruinaría de manera total. Por ese motivo la provincia reconoció un adicional en los precios para compensar el encarecimiento extraordinario, fuera de toda previsión razonable —ése es el concepto que interesa recalcar— que habían sufrido los materiales y mano de obra».

c) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Esas circunstancias motivaron que el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961, incluyese como tema 10: «El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines» (22).

El tema despertó gran interés entre los miembros del Congreso; hubo una ponencia de Jorge Mosset Iturraspe (23), y dictámenes preliminares —algunos extensamente fundados— de Eugenio Osvaldo Cardini (24), Mosset Iturraspe (25), Héctor Raúl Sandler (26) y Edgard A. Ferreyra, José Manuel Saravia y Marco Aurelio Risolía (27). Se formularon también algunas «observaciones» a esos dictámenes preliminares (28), y un despacho de la Comisión definitiva que fue votado por amplia mayoría, convirtiéndose en la Recomendación n.º 15 (29), cuyo texto fue adoptado sin modificaciones por la ley 17.711, en 1968, como un agregado al art. 1198 (30).

(22) Ver «Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil», Imprenta Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. I, p. 13.

(23) «Tercer Congreso...», T. II, p. 566.

(24) «Tercer Congreso...», T. II, p. 567 a 569.

(25) «Tercer Congreso...», p. 564 a 575.

(26) «Tercer Congreso...», T. II, p. 577.

(27) «Tercer Congreso ...», p. 578 y 579.

(28) Observaciones de María Antonia LEONFANTI, p. 580, Eugenio O. CARDINI, p. 582, y Aceel E. SALAS, p. 584.

(29) «El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: Incorporar al Código civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto:

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato» (ver «Tercer Congreso...», T. II, p. 778).

(30) *Código civil argentino*: «Art. 1198 (texto de acuerdo a la ley 17.711).—

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Hubo, es cierto, un despacho en disidencia, suscripto por Risolfá (31), que a lo largo del debate recibió la adhesión de otros tres congresales: Abelenda (32), Vernengo Prack (33) y Guaglianone (34). Los debates, pese a las limitaciones de tiempo que imponen estos certámenes científicos, fueron sumamente ilustrados y resulta siempre útil consultarlos.

d) Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso.

La recomendación del Tercer Congreso influyó sobre la jurisprudencia y, aún antes de que la ley 17.711 consagrara la teoría de la imprevisión que entró en vigencia el 1.º de julio de 1968, fue frecuente que se la invocase ante la justicia, y si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla (35), comenzaron a aparecer fallos que le daban cabida, como un medio de brindar protección al deudor frente a la excesiva

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

Un rápido cotejo con la Recomendación aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil nos permite verificar que únicamente se ha cambiado «afectado» o «afectada», por «perjudicado», y «álea propia» por «riesgo propio», es decir son textos sustancialmente idénticos.

(31) «Tercer Congreso...», T. II, p. 585: «Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención o arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que debe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y sin perjuicio por último de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil».

(32) «Tercer Congreso...», T. II, p. 595.

(33) «Tercer Congreso...», T. II, p. 598.

(34) «Tercer Congreso...», T. II, p. 609.

(35) «Nuestra legislación no admite específicamente la teoría de la imprevisión. No invocándose circunstancias de fuerza mayor o hechos que hayan incidido en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, no pueden anularse los efectos legales del mismo, que debe cumplirse como si fuese ordenado por la ley», Cam. Comercio de la Capital, sala C, 22 de octubre de 1964, El Derecho (en adelante E.D.) 10 - 733.

«En la vida de los negocios está ínsita la lucha de intereses y no son excepcionales las actitudes egoístas de los contratantes. Mientras se respeten la ley y los dictados de la moral los jueces no pueden, sin graves riesgos para la seguridad jurídica, computar circunstancias de ese tipo para llegar al quebrantamiento del principio de fidelidad al contrato», Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 de mayo de 1964, E.D. 10 - 725.

onerosidad sobrevenida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles (36).

Luego, ya vigente, se han multiplicado los fallos en los que se la aplicaba, y los estudios doctrinarios que procuraban precisar su alcance y señalar los defectos del texto, propiciando reformas que tendiesen a mejorarlo.

e) **La ley 17.711: artículo 1198, 2.ª parte.**

No hemos de seguir en detalle la evolución doctrinaria y jurisprudencial, sino que —por razones de brevedad—, nos limitaremos a señalar los elementos constitutivos de la figura y sus condiciones de ejercicio.

f) **Elementos y condiciones de ejercicio.**

- 1) *Desequilibrio*: en primer lugar, debe haber objetivamente un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; en esto hay alguna semejanza con la figura de la *lesión* y por tal razón algunos denominan a la *imprevisión*, lesión sobrevenida.
- 2) *Hecho sobrevenido*: el adjetivo que agrega cierto sector de la doctrina al vocablo lesión, para referirse a la figura que estudiamos, está íntimamente vinculado con el segundo elemento; debe tratarse de un hecho que acontece con posterioridad a la celebración del acto. Originariamente las prestaciones de las partes eran equivalentes, pero un **hecho sobrevenido** quiebra ese equilibrio. Cuando la desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la «lesión subjetiva», que el derecho argentino acoge en el art. 954 (37).

(36) «La cláusula *rebus sic stantibus* está implícita en todo contrato y es el razonable complemento de la tradicional *pacta sunt servanda*», Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 de mayo de 1964, E.D. 10-725, y 30 de diciembre de 1965, E.D. 14-99.

«El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, ha de ser imprevisible, inevitable, sobrevenida a la constitución de la obligación, y ajeno al deudor», Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 de noviembre de 1964, E.D. 10-717.

«La teoría de la imprevisión se aplica no sólo a los contratos de tracto sucesivo, sino también a los de ejecución diferida», Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 de noviembre de 1964, E.D. 10-717; sala D, 30 de diciembre de 1965, E.D. 14-99.

(37) Cam. Civil y C. Paraná, sala 2.ª, 19 de mayo de 1986, «TORRILLA, Ramón A. c/ Carlos MAININI», Zeus, T. 44, J - 43 (caso 6518): «Los institutos de la lesión e imprevisión cumplen diferente función, se encuentran sometidos a distintos requisitos de procedencia y apuntan a corregir desequilibrios contractuales originarios, en un caso, y sobrevenientes en el otro».

En el caso se había comprado por boleto un terreno, pagadero en 155 cuotas mensuales, actualizables trimestralmente por el índice de precios al consumidor.

Además debe ser «extraño a la voluntad de las partes» (38), pues si el perjudicado fuese el autor del hecho, los efectos sólo serían imputables a su propia culpa, y no podría invocar la imprevisión: y si fuese el beneficiado quien con su actividad provocó esta alteración en el contrato, su conducta entrañaría una violación de los deberes que impone la obligación, y daría pie a una solicitud de resolución por incumplimiento.

- 3) *Imprevisibilidad*: el hecho que ha provocado el desequilibrio debe ser extraordinario e imprevisible (39). Esto hace que haya cierta semejanza entre la *imprevisión* y el caso fortuito, pero mientras en el caso fortuito el hecho imprevisible trae como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, en la imprevisión la prestación todavía puede ejecutarse; lo que sucede es que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor. Esto brinda otro elemento de la figura.
- 4) *Onerosidad excesiva*: no basta cualquier desequilibrio que haya sobrevenido de manera imprevisible entre las prestaciones de las partes, sino que ese desequilibrio debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso, para una de las partes. que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido la otra; sería contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, reclamar el cumplimiento de una prestación que no guarda armonía con la que se brinda, para ello debe tratarse de una diferencia *evidente*.

Se pretendió la revisión invocando conjuntamente lesión e imprevisión y se consideró inadecuada esa acumulación de acciones en razón de la diferencia de naturaleza jurídica existente entre la lesión y la imprevisión.

(38) Conf. Cam. Especial Civil y Com. Capital, sala 2.ª, 31 de marzo de 1977, «BLANCHINI DE IRACHETA, Delia c/ HATERET, S. y otra», J.A., 1977 - III - 280: «... en principio debe tratarse de un hecho sobreveniente, **exterior a la voluntad de las partes**, que supere la aptitud normal de previsión...».

En igual sentido la Cam. Civil Capital, sala B, ha dicho: «El acontecimiento que viene a alterar la base económica del contrato no sólo debe ser extraordinario, imprevisible y sobreveniente, **sino también extraño a la persona del deudor**, requisito sin el cual el cambio de circunstancias no justifica la reparación judicial del perjuicio» (23 de marzo de 1977, «GONZÁLEZ, Javier y otra c/ PANANGENT, SA., J.A., 1978 - I - 424.

(39) En tal sentido se ha dicho que «es aplicable la teoría de la imprevisión en el caso de ocurrir circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, que alteren la ecuación económica financiera del contrato», y que «debe entenderse como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda en sentido absoluto, siendo suficiente que escape a la habitualidad y prudente previsibilidad en circunstancias semejantes, que los contratantes no hayan podido racionalmente prever» (Cam. Com. Capital, sala C, 16 de febrero de 1977, «LAFROCE, Eustaquio c/ Claudio FERNÁNDEZ, SA.», J.A., 1977 - III - 283, y E.D. 73-626).

En el caso se consideró excesivamente oneroso para el comprador un aumento de precio que excedía al doble de lo fijado en el contrato, en un plazo inferior a cuatro meses.

g) Actos en que encuentra aplicación.

En general se aplica a los contratos conmutativos (40) y, por excepción a los aleatorios, cuando la onerosidad no proviene del riesgo propio del contrato.

Se aplica a prestaciones que han sido diferidas en el tiempo, porque en los contratos en que la prestación debe efectuarse de inmediato—como una compraventa al contado— no puede presentarse el hecho imprevisible más que en el caso en que el deudor, por su culpa, no cumpla cuando debía y demore su prestación; en tal hipótesis, él deberá cargar con las consecuencias de su propia culpa (41).

Se trata, insistimos, de prestaciones cuyo cumplimiento ha sido diferido en el tiempo, o prestaciones sucesivas, como las que surgen de los llamados contratos de tracto sucesivo. Aquí es donde, típicamente tiene su campo de aplicación la doctrina de la imprevisión.

h) Acciones concedidas.

Frente al pedido de resolución efectuado por el deudor, la otra parte puede lograr que el contrato mantenga vigencia, si ofrece una modificación de las condiciones que resulta equitativa, pues al orden jurídico le interesa, sobre todo, mantener la validez de las convenciones, y que produzcan los efectos que las partes tuvieron en vista al contratar.

Un punto que desde el primer momento ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia nacionales es si el perjudicado sólo puede solicitar la rescisión del contrato, o si resultaría admisible que en lugar de ello reclamase modificación. Vemos así que en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil que presidimos en 1976, la Comisión encargada del estudio del Tema 2 (42), en el punto 4 de su despacho interpretó que a la parte perjudicada se le concede «tanto la acción de reajuste como la de resolución», agregando que si se ejercitase la acción de resolución «el accionado puede contrademandar por reajuste, y en caso de accionar por reajuste el accionado puede requerir la resolución».

(40) Dentro de los cuales quedan comprendidos los «unilaterales onerosos», como el «mutuo oneroso».

Por eso se ha resuelto con acierto que resulta inapropiada la invocación de la teoría de la imprevisión en el caso de un «pacto de alimentos a favor de un hijo mayor de edad», porque «dicha norma no es aplicable al contrato unilateral gratuito» (Cam. Civil Capital, sala C, 9 de junio de 1983, «L., G. y M. de L., H.», E.D. 107 - 226 (caso 37.443).

(41) «No puede invocarse la teoría de la imprevisión cuando el perjuicio que alega quien pretende la nulidad o la revisión del contrato encuentra su origen en su conducta u omisión», Cam. Civil Capital, sala F, 6 de octubre de 1977, «ROSSINI, Pedro c/ CÁCERES DE PAGLIA, Marta, B.», E.D. 80-204.

(42) «La imprevisión contractual y los artículos 1198 y 1633 del Código civil».

Quienes sostenemos esta postura estimamos que debe prevalecer por sobre todas las cosas la posibilidad de mantener vivo el contrato y permitirle que cumpla los efectos que originariamente las partes han querido, por lo que una interpretación literal del art. 1198, que sólo permitiese al damnificado solicitar la resolución, estaría en contra del espíritu que anima a la figura. En sentido coincidente se ha dicho en algunos fallos que «la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra legitimada tanto para reclamar la resolución del contrato como para limitarse a peticionar solamente la revisión o el reajuste; esta interpretación está acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal establecido...» (43), y el mismo tribunal acepta que el actor puede indistintamente accionar por resolución o reajuste del contrato, pero sostiene que el pedido de modificación no está «implícito», subsumido en el de resolución, sino que debe ser formulado de manera expresa (44). Entiende el camarista, Dr. Greco, que si el actor solamente pidió la resolución, el juez no puede de oficio ordenar la modificación, porque se vulneraría el principio de congruencia (45).

Pero, como hemos dicho, la jurisprudencia no es pacífica, y otros tribunales han sostenido que «la norma del art. 1198 del Código Civil permite al afectado en la prestación a su cargo por tomarse la misma excesivamente onerosa, demandar la resolución del contrato, como en forma expresa lo señala dicha disposición, sin que esté al alcance de aquél pedir la revisión» (46).

Esta posición doctrinaria entronca con aquella que, tomando como modelo la solución de la Ley Failliot, fue sostenida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Nada dispone el Código sobre el plazo de prescripción de la acción de resolución y poco hemos encontrado tampoco en los primeros comentaristas de la norma, salvo en Garrido y Andorno (47) que, de forma

(43) Cam. Civil Capital, sala G, 13 de noviembre de 1980, «Coronel, Nilda M. y otros c/ Esyma S.A.», JA. 1981 -II- 243 (caso 30.361).

(44) Cam. Civil Capital, sala G, 26 de diciembre de 1984, «Balmoral 100 SRL. c/ Mattos, Jorge A.», JA. 1985-III-51.

(45) Cita en su apoyo otros fallos de la misma sala, y dice no compartir la posición sustentada por la sala A (sentencia publicada en La Ley 1980-D-145, con nota aprobatoria de Jorge MOSSET ITURRASPE).

(46) Cam. Especial Civil y Com. de la Capital, sala 5.ª, 28 de septiembre de 1984, «Cambio Excursiones Turismo Columbus SA. c/ Vanina SCA.», JA. 1985-III-178.

(47) GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O.: «Reformas al Código Civil», 2.ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 1198, p. 253: «En cuanto al plazo de prescripción, que debería comenzar a contarse desde la producción del acontecimiento extraordinario e imprevisible- pensamos que debería ser el decenal, contemplado en el art. 4023, reformado».

muy somera, remiten al plazo general de prescripción del art. 4023, es decir 10 años, que sin duda puede parecer excesivo y en Juan Carlos Molina (48), que coincide en que corresponde el plazo decenal y opina que comienza a correr «desde que se produzca el hecho generador de la excesiva onerosidad», y prevé que ese hecho puede tener cierta prolongación temporal, lo que plantearía «alguna dificultad para establecer en qué momento la alteración sobreviniente determinará el exceso de onerosidad suficiente para autorizar la resolución» (49). Sin embargo, en la práctica, hasta el momento no se han suscitado problemas, lo que permitiría pensar que la omisión no es demasiado grave.

Aunque hay muchos otros aspectos que deberían ser motivo de análisis, no nos extenderemos más para poder ocuparnos, aunque sea someramente de los nuevos Códigos americanos.

i) Ley de unificación civil y comercial (1987-1991).

En 1986 la H. Cámara de Diputados de la Nación designó una Comisión para que elaborase un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. La Comisión, integrada por prestigiosos juristas (50), cumplió con su cometido dentro del plazo de un año que se le había asignado, y el proyecto recibió sanción a «libro cerrado» en julio de 1987. El Senado le prestó aprobación cuatro años después, sin introducirle modificaciones (51), y el Poder Ejecutivo vetó totalmente la ley de unificación, porque muchas de sus normas estaban en pugna con la «ley de convertibilidad», sancionada ese mismo año, que restableció el «nominalismo» monetario y —por el momento— parece haber detenido la inflación.

En las «Notas explicativas» con que la Comisión redactora acompañó el proyecto de unificación se hace mención a las reformas que se introducían al art. 1198 (52), sosteniendo:

(48) MOLINA, Juan Carlos: «Abuso del derecho, lesión e imprevisión», Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 246.

(49) Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

(50) Héctor ALEGRÍA, Atilio Anibal ALTERINI, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel ARAYA, FRANCISCO DE LA VEGA, Horacio FARGOSI, Sergio LE PERA y Ana PIAGGI.

(51) Lamentablemente al no efectuarse la necesaria revisión subsistieron dispositivos «valoristas», que dieron pie al veto total del Poder Ejecutivo.

(52) El art. 1198 quedaba redactado de la siguiente manera:

«En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio del contrato.

«Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o de excepción.

Se acepta la pretensión de adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica de que se trate.

Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca».

Por nuestra parte acotaremos que uno de los cambios sustanciales, más que el hecho de que pueda esgrimirse por vía de acción o de excepción, consiste en que se admite expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la adecuación del contrato.

En lo que se refiere a la exclusión del remedio si media culpa, el punto está contemplado en la normativa vigente; lo sustancial del cambio propuesto reside en que se elimina la mención a la mora, siguiendo ideas expuestas por uno de los miembros de la Comisión (53).

En materia de redacción no parece afortunada la sustitución del giro «riesgo propio», que es castizo y correcto, por el de «álea propio», empleando un vocablo latino que, pese a tener cierta tradición jurídica, no está aceptado por la Real Academia, y acompañándolo de un adjetivo de género masculino (propio), cuando por el significado del vocablo (alea = suerte), parecería más correcto utilizar el género femenino.

Lo importante, a nuestro entender, es señalar que la doctrina argentina, luego de un cuarto siglo de aplicación de la norma, coincide en la necesidad de mantener la figura y propone los retoques que deben introducirse para su mejor funcionamiento (54).

El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o la finalidad de las partes excluyan ese reajuste.

En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla».

(53) ALTERINI, Atilio A.: «La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante», en *La Ley* 1980-C-1109.

(54) La misma conducta se observa en los nuevos proyectos de unificación, tanto en el elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia (art. 899), como en el redactado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, donde el problema se trata en una norma que lleva el número 1199, y reproduce casi textualmente las previsiones del Proyecto de Unificación de 1987, con una pequeña errata pues en lugar de «álea» dice «área».

IV. BOLIVIA (1975)

A mediados de la década del 70 Bolivia, renovó prácticamente toda su legislación, tanto la de fondo como la procesal, en una etapa que recibió la denominación de «codificación Banzer», por el nombre del dictador que en ese momento gobernaba al país.

El anterior Código civil databa de comienzos del siglo pasado y se reducía a la traducción al castellano del Código francés. En 1945 el jurista español Osorio redactó un Anteproyecto de Código civil, que dedicaba una norma a la teoría de la imprevisión (55). Posteriormente se ha dado forma a este nuevo Código, que no ha podido escapar totalmente, en sus aspectos metodológicos y de contenido, al influjo de la tradición creada por la prolongada aplicación del anterior, pero ha modernizado la legislación civil, procurando tomar como modelos otras corrientes europeas modernas.

Lamentablemente la doctrina boliviana alrededor del Código es escasa y está poco difundida, y no contamos con antecedentes jurisprudenciales que nos indiquen el rumbo que ha tomado la aplicación de sus normas, por lo que debemos limitarnos a reproducirlas, con una pequeña glosa.

La modernización de las leyes civiles se refleja en la incorporación de figuras como el estado de peligro (art. 560), la lesión (arts. 561 a 563) y en lo que a nosotros nos interesa, la imprevisión, que está legislada en la Parte Segunda; Título I; Capítulo X, de la resolución del contrato. cuya Sección III se ocupa «**de la resolución por excesiva onerosidad**», siguiendo en este punto el modelo del Código italiano de 1942, con algún retoque (56).

Dedica a la figura tres artículos (57). En el primer párrafo del art. 581 (58), procura establecer los contratos que pueden estar sometidos a revisión por causa de imprevisión, mencionando en la leyenda

(55) «Art. 685 (Anteproyecto Osorio).— Las obligaciones deberán cumplirse tal como fueron contraídas mientras las cosas que son objeto de ellas se mantengan en la situación que tenían al establecerse. Si la situación hubiera cambiado, las obligaciones podrán ser revisadas».

(56) Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que el art. 581 del Código boliviano reproduce al art. 1467 del Código italiano, con el agregado de un párrafo, y que los arts. 582 y 583 son iguales a los arts. 1468 y 1469 del Código de Italia (ver «Estudios de Derecho Privado», Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II. p. 136).

(57) Arts. 581, 582 y 583 del nuevo Código civil de Bolivia.

(58) Art. 581.— *Resolución judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestaciones recíprocas.*— 1.— En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

a todos los que originan prestaciones recíprocas, en los casos en que su ejecución fuese «continuada, periódica, o diferida», y luego en el art. 582 extiende parcialmente la solución a los contratos con prestación unilateral (59), dejando librado al arbitrio del juez establecer si se reúnen las condiciones para conceder, **en equidad**, la reducción de las prestaciones solicitada: por último, en el art. 583 (60), excluye de manera absoluta a los aleatorios, sin tomar en consideración los casos en que el acontecimiento extraordinario es ajeno al álea propio del contrato.

Para que funcione la figura el hecho que provoca la onerosidad excesiva de la prestación debe ser «extraordinario e imprevisible», pero no se admitirá ningún reclamo si el perjudicado había ya ejecutado la prestación que se torna excesivamente onerosa, v tampoco cuando se encontrase en mora, por haber «incumplido voluntariamente» la prestación (inc. II, art. 581) (61), como tampoco cuando la prestación se hace gravosa en razón del álea normal del contrato (inc. III, art. 581) (62).

El perjudicado sólo puede solicitar la resolución del contrato (art. 581, inc. I), pero esa acción podrá transformarse en la de modificación a pedido del demandado en cualquier momento, antes de la sentencia (art. 581, inc. IV) (63), siempre que se ofrezcan condiciones que el juez considere aceptables.

V. PERU

a) Los códigos de 1852 y 1936.

Creemos necesario dedicar nuestra atención con algún detenimiento a la evolución del problema en Perú pues este país, junto con Argentina, parecen ser los que más cuidado han puesto al incorporar a sus respectivos Códigos la teoría de la imprevisión.

(59) Art. 582.— *Reducción o modificación judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestación unilateral.*— En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trate de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

(60) Art. 583.— *Excepción: contratos aleatorios.*— A los contratos aleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes.

(61) Art. 581.— ... II.— La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

(62) Art. 581.— ... III.— Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

(63) Art. 581.— ... IV.— El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

El primer Código civil de Perú data de 1852 y en él, lógicamente, no encontramos una norma que consagre la figura, sino solamente referencias al principio general de buena fe. Algo similar sucede en el Código de 1936, aunque en esas épocas ya la doctrina peruana comenzaba a sentir la necesidad de que se diese cabida a la teoría de la imprevisión.

b) Doctrina y jurisprudencia.

Quizás el primero en ocuparse del problema fue el recordado maestro, don José LEÓN BARANDIARAN, en un artículo publicado en 1934 (64), y existe una tesis de bachiller de García Sayán que, por su título, pone de manifiesto que lo que ha despertado su atención sobre la teoría de la imprevisión es el fenómeno inflacionario (65). Tanto estos autores, como otros que también se ocupan del problema con posterioridad a la sanción de Código de 1936, estiman que los tribunales podrían aplicar la imprevisión fundándose en el principio general de buena fe (art. 1378 de ese Código peruano), sin creer necesario propiciar la inclusión de una norma que la consagrara expresamente. Ésta es la solución propuesta por Angel Gustavo Cornejo, en sus Comentarios al Código civil peruano de 1936 (66), y por el propio Enrique García Sayán en su tesis doctoral (67). Todavía veinte años después otra tesis doctoral (68) se conformaba con propiciar la aplicación de la teoría de la imprevisión basándose en el principio de la buena fe, sin advertir al parecer que este camino interpretativo no resultaba apto frente a la reticencia de los tribunales.

El primer autor peruano que se pronunciará decididamente por la conveniencia de incorporar expresamente la figura al derecho positivo será Carlos Ledgard, en una tesis de bachiller de 1945 (69), y luego

(64) LEÓN BARANDIARAN, José: *La teoría del riesgo imprevisto*, citado por Benavides Torres (La excesiva onerosidad de la prestación, p. 273).

(65) GARCÍA SAYÁN, Enrique: «La depreciación monetaria y el cumplimiento de los contratos entre particulares». Lima, Libr. Gil, 1932 (citada por Benavides Torres).

(66) CORNEJO, Angel Gustavo: «Código civil — Exposición sistemática y comentarios», Lima, 1938, T. II, vol. II. Citado por De La Puente y Lavalle. y por Benavides Torres.

(67) GARCÍA SAYÁN, Enrique: «Las nuevas tendencias en el derecho contractual y en la legislación peruana». Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.

(68) ALTAMIRANO GUEVARA: «La cláusula *rebus sic stantibus* o la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Privado», Lima, 1962. Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.

(69) LEDGARD, Carlos: «La Teoría de la Imprevisión en el derecho contemporáneo y en el Código civil de 1936», Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, año VIII, Tomo VIII, Lima, 1944. Citado por Benavides Torres; De la Puente y Lavalle lo cita sin mencionar la Revista, y da como año de publicación 1945.

harán oír su voz en el mismo sentido Felipe Osterling, en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima en junio de 1965 (70), y Manuel De La Puente y Lavalle en su tesis doctoral (71).

c) El proceso de reforma.

Pese a tan destacados aportes de la doctrina, la jurisprudencia se mostró reacia a admitir la imprevisión, y no se citan fallos que hayan hecho aplicación de sus principios. Por eso, a poco de designarse en 1965 por el Ministerio de Justicia una Comisión encargada del estudio y revisión del Código de 1936, Felipe Osterling sostuvo enfáticamente «que el contrato no puede convertirse en el vehículo que cause la ruina económica de los contratantes», ni servir de «instrumento de empobrecimiento de las partes» (72) reclamando a la Comisión que incluyera normas específicas sobre la imprevisión.

El reto fue recogido por Max Arias Schreiber, que era el miembro de la Comisión encargado de preparar la Parte General de los contratos en el Proyecto de Código. Vemos así que la ponencia de contratos presentada en 1977 dedica cuatro artículos que siguen muy de cerca los lineamientos trazados por el modelo italiano. El problema se discute en el seno de la Comisión, con el aporte de De La Puente y Lavalle que también la integraba, y en 1980 se presenta el Anteproyecto que mejora sustancialmente los textos de la ponencia anterior, ya que se toman en cuenta otros antecedentes, como el art. 388 del Código civil griego, y el art. 1198 que la ley 17.711 incorporara al Código civil argentino.

En 1981 la Comisión Reformadora amplía a cinco los artículos dedicados a la imprevisión, para dar a sus dispositivos una mejor distribución, Y todavía en 1984 la Comisión Revisora introduce algunos cambios e innovaciones de importancia, en especial lo vinculado a la irrenunciabilidad de la acción y la fijación de un plazo de caducidad para su ejercicio.

Nos hemos extendido en el relato de las alternativas que se produjeron en la redacción de los textos definitivos para resaltar la seriedad con que se encaró el tema. con un estudio detenido y profundo que produjo como resultado un conjunto de dispositivos que no imitan ningún derecho extranjero, sino que adaptan y mejoran las fórmulas que sirvieron de modelo, y agregan dispositivos novedosos que constituyen un aporte de gran valor, en especial en lo relacionado con la caducidad de la acción.

(70) OSTERLING PARODI, Felipe: «La revisión de los contratos por el Poder Judicial», Lima, 1966. Citado por De La Puente y Lavalle.

(71) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: «Estudios sobre el contrato de Derecho Privado», tesis de 1979, publicada por Cultural Cuzco editores, Lima, 1983.

(72) OSTERLING PARODI: Conferencia mencionada en nota anterior. Citado por Benavides Torre, p. 279.

d) El nuevo Código de 1984.

Procuraremos ahora pasar rápida revista a los textos que se han incorporado al Código peruano de 1984, y que se encuentran ubicados en el Libro VII, Sección Primera, como Título VIII: **excesiva onerosidad de la prestación.**

El primero de ellos, art. 1440, procura tipificar la figura, determinando los contratos a los que se aplica, las características del hecho, el desequilibrio que produce en las prestaciones intercambiadas, y el remedio que puede solicitarse, orientado a mantener vivo el contrato y sólo excepcionalmente permitir su resolución (73).

En el artículo siguiente se hace extensiva la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión a contratos de «ejecución inmediata» y también a contratos aleatorios (74), y en el art. 1442 se trata del caso de los contratos unilaterales (75).

Se excluye de la posibilidad de aplicar la figura en los casos en que el perjudicado ha incurrido en culpa o dolo (76) y aunque no se mencione la situación de mora como se hace en el Código civil argentino. creemos que queda comprendida, en cuanto se trate de una «mora culposa».

Para evitar que la parte más poderosa de la contratación incluya como cláusula de estilo una renuncia anticipada a la invocación de la excesiva onerosidad, que desvirtuaría totalmente el fin perseguido por el legislador, se estatuye expresamente en el art. 1444 que «es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación».

(73) «Art. 1440.— En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida. si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.»

(74) «Art. 1441.— Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1) A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

2) A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato».

(75) «Art. 1442.— Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.»

(76) «Art. 1443.— No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.»

Las últimas dos normas de este título son, a nuestro criterio, los aportes más novedosos e importantes. en cuanto fijan un plazo de caducidad breve, tres meses (77), a contar desde la producción del hecho imprevisible, para ejercitar válidamente la acción (78). Cuando está en juego la eficacia o validez de una relación contractual no puede mantenerse viva la acción por largo tiempo, como una espada de Damocles que en cualquier momento puede turbar la normal relación entre las partes y alterar el alcance de las obligaciones que asumieron. El acierto del legislador peruano al incluir este plazo de caducidad es evidente.

Más aún, ha sido tan previsor que ha contemplado la posibilidad de que el hecho no sea instantáneo, sino que tenga cierta prolongación temporal y, en esa hipótesis, el curso del plazo de caducidad recién comenzará a correr cuando cese el acontecimiento extraordinario.

Nos queda solamente una duda: ¿qué sucede si el hecho extraordinario tiene una duración demasiado prolongada, como podría ser una guerra? La misma inquietud se ha planteado un joven autor peruano, quien opina que «la norma no impide que la parte que considera su situación extremadamente grave, debido a la ocurrencia de este suceso, pueda demandar la revisión aún antes de que cese el acontecimiento» (79).

Valorando globalmente las reformas que introdujo el Código de 1984 uno de sus autores ha escrito una muy documentada obra que titula «Luces y sombras del Código civil» (80), en la que reconoce errores, pone de relieve aciertos y en algunos casos propone ya nuevas reformas. Cuando se refiere a la excesiva onerosidad estima que «es otro aporte del nuevo Código civil y está inspirada en un elemental principio de equidad, en concordancia con lo dispuesto por el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución» (81).

Compartimos la afirmación que asienta cuando nos dice:

«Nuevamente se nota aquí la filosofía del Código en materia contractual, cuando se coloca en una posición **ostensiblemente distinta a la tradicional**. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen

(77) «Art. 1445.— La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440».

(78) «Art. 1446.— El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles».

(79) BENAVIDES TORRES, Eduardo: «La excesiva onerosidad», Cultural Cuzco editores, Lima, 1990, p. 315.

(80) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max: «Luces y sombras del Código civil», Studium, Lima. 1491.

(81) Autor y obra citados en nota anterior, T. II, p. 93.

situaciones en que, por excepción y **para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las injusticias**, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y se conserva, en suma aquello que se conoce como el **equilibrio contractual**» (82).

VI. PARAGUAY (1987)

Recordemos, en primer lugar, que Paraguay adoptó, a fines del siglo pasado, el Código Civil argentino, obra de Don Dalmacio Vélez Sársfield.

A mediados de este siglo decidió encarar la renovación de su legislación civil, y designó una Comisión a tal efecto. Uno de sus integrantes, el profesor Luis de Gásperi, con gran laboriosidad, preparó un Anteproyecto que ilustró con extensas y eruditas notas, verdadera obra de doctrina que presenta relevante interés, pues pone de relieve los conocimientos de Derecho Comparado de su autor, que se mantenía al tanto de la evolución legislativa en el mundo occidental, procurando dar cabida en su Anteproyecto a las expresiones más modernas, entre las cuales se contaba el Código italiano de 1942.

Sin embargo, en relación a la figura que nos ocupa, no se mostró partidario de su inclusión guardando total silencio en el Anteproyecto, pese a que la conocía, como podemos verificarlo si leemos su Tratado de Derecho Civil (83) Sostiene allí que «sería harto peligroso autorizar ... la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque desaparecería con ella la seguridad de las transacciones», insistiendo en que «la teoría que propende al mantenimiento integral del contrato es la más razonable y la más conforme con los dictados de nuestra legislación» (84).

Este pensamiento de De Gasperi, aferrado a la intangibilidad del «consentimiento» prestado por las partes, es sin duda el que prevaleció en la jurisprudencia paraguaya, donde no hemos podido encontrar ejemplos de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Pese a ello, la Comisión que elaboró en definitiva el Proyecto que se convirtió en el nuevo Código Civil paraguayo, después de dejar de lado el Anteproyecto de De Gásperi, intentó profundizar la modernización de las instituciones vigentes e, inspirándose en el modelo italiano, dio cabida a la revisión del contrato en los casos de excesiva

(82) Obra y lugar citados en nota anterior.

(83) DE GASPERI, Luis: «Tratado de Derecho Civil» (actualizado por Augusto M. Morello), TEA., Buenos Aires, 1964, T. I, n.º 191 y 192.

(84) Obra citada, p. 246.

onerosidad sobrevenida como consecuencia de circunstancias imprevisibles. Así lo dispone el art. 672, que se encuentra ubicado en el Libro III (de los contratos y otras fuentes de obligaciones), dentro del Capítulo I del Título I, que contiene las disposiciones comunes a los contratos en general. Veamos, pues, esa norma:

«Art. 672.— En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo».

Al discutirse el proyecto en el Senado, el miembro informante destacó que, aunque se prestaba aprobación al dispositivo, «es tan seria la innovación legislativa que introduce, y pueden ser tan graves sus consecuencias, que nos consideramos obligados a llamar vuestra atención, a objeto de que su aprobación no pase desapercibida, y sea fruto de reflexión» (85).

La similitud que la norma presenta con las soluciones incorporadas a otros códigos americanos, y la presencia de los principales elementos de la figura, a saber: onerosidad excesiva, imprevisibilidad del acontecimiento y su carácter extraordinario, limitación en las facultades del perjudicado, que pareciera poder solicitar únicamente la resolución, posibilidad de evitar la resolución ofreciendo modificación equitativa, etc., nos eximen de extendernos en su análisis para no repetir cosas que ya hemos dicho.

Simplemente señalaremos que en algún estudio inédito que efectuamos hace ya algunos años, advertimos que, al igual que en el derecho argentino, al no haberse fijado un plazo especial de prescripción, pareciera que debe aplicarse el de diez años, es decir la norma general contenida en el inciso e, art. 659. Parece excesivo.

Hasta la fecha no ha llegado a nuestras manos ningún fallo en que se haya aplicado la teoría de la imprevisión, ni trabajos de civilistas paraguayos que profundicen el estudio de la figura, por lo que parece ne-

(85) Palabras de Raúl SAPENA PASTOR, reproducidas en la edición oficial del Código efectuada por la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1986, p. 93.

cesario retornar al informe de Sapena Pastor en el Senado, que contiene algunas reflexiones de interés sobre la posibilidad de aplicar la figura a la inflación, admitiendo que «el alza o la baja súbita de los valores, la desvalorización de la moneda, la inflación, que hacen excesiva la onerosidad de un contrato, pueden llegar a constituir circunstancias imprevisibles y extraordinarias que autoricen la resolución o la modificación equitativa de un contrato» (86).

Al comenzar este trabajo (apartado I, b), hicimos ya alguna alusión a la influencia que tuvo la inflación en el desarrollo de la teoría de la imprevisión, y como nos hemos ocupado con más extensión del problema en uno de nuestros libros, nos parece conveniente reproducir lo que allí hemos escrito (87).

Decíamos en aquella oportunidad que la inflación es un verdadero flagelo; ha existido quizás en todas las épocas, pero adquiere características especialmente agudas en nuestro siglo; puede admitirse que en nuestra época la inflación se presentó inicialmente como un hecho extraordinario e imprevisible, y por eso dio lugar a la formulación de esta teoría como un remedio para alguno de los males que originaba la inflación. Pero posteriormente numerosos países pasaron a padecer una inflación «estructural», y el fenómeno dejó de ser un hecho extraordinario e imprevisible. En consecuencia el fenómeno inflacionario, que da nacimiento a la inclusión de la figura en el arsenal legislativo, cuando esas normas se incorporan a los códigos ya no son aplicables a la inflación, porque se trata de una circunstancia «ordinaria y previsible» (88), aunque en el derecho argentino Borda, que fue uno de los autores de la ley 17.711, hace la salvedad de que si se tratase de una inflación aguda e imprevisa con relación al normal proceso inflacionario, podría todavía justificar que se echase mano a la imprevisión para solucionar los problemas originados por ese evento inflacionario (89).

En Paraguay, con relación a estos problemas Sapena Pastor expresaba en su informe que «estamos aumentando las atribuciones y la responsabilidad de los jueces y tribunales al conferirles la facultad de apreciar la importancia y magnitud de una desvalorización o devaluación monetaria» (90), para concluir diciendo que la Comisión

(86) Código Civil del Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 95.

(87) «Contratación inmobiliaria» (en colaboración con Jorge MOSSET ITURRASPE), Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

Ver en especial el Capítulo IV, Teoría de la Imprevisión, p. 67 y ss.

(88) Conf. CASIELLO, Juan José: «La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil», La Ley, 131-1491.

(89) BORDA, Guillermo A.: Teoría de la imprevisión, E.D. 30-827, en especial punto 9, c.

(90) Código civil de Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 96.

recomendaba la aprobación de la nueva norma «a sabiendas de que entraña una controvertida innovación, de escasa aceptación legislativa. Con el transcurso de los años, y la repetida invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sabremos si hemos estado o no acertados, y si nuestra magistratura judicial tiene o no el nivel necesario para la aplicación del novedoso principio» (91).

VII. COLOMBIA

a) Los integrantes de la familia «chilena».

El derecho privado de Colombia pertenece a una familia en la que está comprendido en primer lugar Chile, ya que su Código civil —obra del gran humanista venezolano Andrés Bello— es el Código madre que sirvió de modelo e inspiración a todo un grupo de países sudamericanos ubicados en la costa del Pacífico, y también a los de algunos países de América Central, como El Salvador, y en alguna medida, Honduras y Panamá. El estrecho parentesco que existe en los textos legales vigentes hace que los caminos seguidos con posterioridad puedan considerarse paralelos, y lo que se diga de uno puede, en general, predicarse de los demás.

Sin embargo nos detenemos especialmente a considerar la situación de Colombia no solamente por la existencia de un Proyecto de modificación al Código vigente, que incluye un dispositivo sobre la figura que nos ocupa, sino porque la imprevisión ha hecho ya su ingreso en el plexo normativo de ese país, aunque de manera limitada, por el camino de un texto incorporado al Código de Comercio al que nos referiremos luego.

La conveniencia de aplicar la teoría de la imprevisión ha preocupado a los juristas colombianos. Conocemos de la existencia de algunas tesis doctorales, como la de Alberto Ospina Botero (92), y la de Lopera Vargas (93), y que el maestro Valencia Zea se ocupaba de ella en sus clases, e incluyó una norma en el Proyecto de Código de Derecho Privado (94), que elaboró en 1980 y ha servido de base al ulterior proyecto presentado oficialmente en 1983.

(91) Lugar citado en nota anterior.

(92) «Teoría de la imprevisión», tesis de grado, 1958, Universidad de Medellín, citada por Lopera Vargas.

(93) «La teoría de la imprevisión», tesis de grado, Universidad de Antioquía, 1967.

(94) VALENCIA ZEA: «Proyecto de Código de Derecho Privado», Superintendencia de Notariado y Registro, Colección Textos Jurídicos, n.º 1, Bogotá, 1980.

El Código civil vigente no contiene normas expresas sobre la imprevisión y los juristas colombianos que propiciaban su aplicación se han esforzado en sostener que podía llegarse a este resultado por aplicación del principio de buena fe que debe regir toda la vida del contrato (95) y alguno, como Lopera Vargas, han procurado hallar su fundamento en los principios y reglas generales del derecho, llegando a sostener «que la noción de imprevisión constituye una **regla general del derecho**», que podría recibir la siguiente enunciación:

«Se debe revisar la economía del negocio jurídico creador de obligaciones cuando, siendo éstas de ejecución sucesiva, periódica o diferida, su cumplimiento se haga excesivamente oneroso a causa de acontecimientos sobrevinientes y extraordinarios, imprevistos e imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes» (96).

Se menciona también la existencia de algunas normas especiales que solucionan casos particulares de imprevisión (97), y se cita algunas sentencias de la Corte colombiana que se han referido de manera expresa a la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión (98).

En el Capítulo Primero del Título II (Fuentes de las Obligaciones), del Libro III (de las Obligaciones en general), encontramos el punto «11. *Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las prestaciones*», que contiene el siguiente dispositivo:

«Art. 482.— En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquéllos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su revisión equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la revisión no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede atajarla ofreciendo modificar equitativamente las prestaciones contractuales.»

(95) Ver art. 1603 del Código civil de Colombia.

(96) LOPERA VARGAS, Octavio: Tesis citada, p. 352.

(97) Así, por ejemplo, el art. 3, inciso c, de la ley 100 del año 1944, sobre régimen de tierras, admite que se dé por terminado el contrato antes de la expiración del plazo «cuando quiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica».

(98) Sentencias del 29 de octubre de 1936 y del 25 de febrero de 1937, citadas por LOPERA VARGAS, aunque en la primera de ellas es muy claro que la considera inaplicable al caso en examen, como sucede también en otra sentencia del 23 de mayo de 1938, donde luego de largas referencias a la teoría de la imprevisión, desestima su aplicación porque no puede ser «alegada en un juicio por primera vez en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias».

No podemos desconocer, sin embargo, que algunos sectores se oponen a la aceptación de la teoría de la imprevisión; vemos así, por ejemplo, que un catedrático del prestigio de Ospina Fernández, que fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, afirma que «mina la seguridad de los actos jurídicos y del comercio» (99), y critica en términos muy duros una norma del Código mercantil que «entroniza en nuestra legislación esta torpe teoría de la imprevisión» (100).

b) Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983.

Consideramos más correcta, sin embargo, la posición adoptada por Valencia Zea, que para justificar la incorporación de la teoría de la imprevisión a su Proyecto de Código de Derecho Privado, manifiesta en la Exposición de Motivos que si bien no está contemplada por la ley, es aplicada por la jurisprudencia (101), y corrobora su afirmación mencionando la sentencia del año 1937 que ya hemos citado en la que la Corte de Suprema de Colombia dijo: «En nuestro derecho positivo la teoría de la imprevisión tiene perfecta aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación» (102).

El Proyecto de 1983 recogió casi textualmente la propuesta formulada por Valencia Zea, e incluyó, con la misma ubicación en el Libro de las Obligaciones en General, el siguiente texto:

(99) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: «Régimen general de las Obligaciones», 4.ª ed., Temis, Bogotá, 1984, p. 119.

(100) Autor y otra citados en nota anterior, p. 119, nota 21.

Se refiere al art. 868 del Código de Comercio de Colombia, que dispone:

«Cuando circunstancias extraordinarias o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su resolución.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique, en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

La imprevisión no se aplicará a los contratos aleatorios, ni de ejecución instantánea».

(101) Proyecto citado, p. 56: «Recoge el Proyecto ... la conocida teoría de la imprevisión, no contemplada por la ley, pero aplicada por la jurisprudencia. Esta doctrina es vieja; la conocieron los glosadores y la ampliaron los canonistas de la Edad Media, quienes estimaron contrario a la moral cristiana el desequilibrio de un contrato en razón de acontecimientos imprevisibles que producían el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro».

(102) Exposición de Motivos, p. 56, Proyecto citado.

«11. *Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las Prestaciones.*

Art. 475.— En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su modificación equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la modificación no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla si ofrece modificar equitativamente las prestaciones contractuales».

Los retoques que se han efectuado a la proposición de Valencia Zea son mínimos; en el primer párrafo se ha suprimido la referencia a «extraordinarios», quedando reducida la fórmula a la mención de la imprevisibilidad. La acción de «revisión», ha quedado en «modificación»; y en el último párrafo se habla de «evitarla» (a la resolución), en vez de «atajarla».

Parece predominar entre los juristas colombianos el convencimiento de que es necesario incorporar una fórmula que admita de manera expresa y general la teoría de la imprevisión, para que su aplicación no quede reducida al campo del derecho comercial, y estimamos que la adopción de cualquiera de los textos proyectados pondría a Colombia a la altura de las más modernas legislaciones de América latina.

VIII. URUGUAY

Aquí también se carecen de normas que contemplen la revisión de los contratos cuando sobrevienen alteraciones imprevisibles, pero el tema ha provocado interés en algunos de sus juristas. Por ello queremos, aunque sea de manera muy breve, recordar los trabajos de ORDOQUI CASTILLA (103) que culminan con la propuesta de reforma legislativa que reproducimos a continuación:

(103) Gustavo, ORDOQUI CASTILLA: «Teoría de la imprevisión», Ed. Antor, Montevideo, 1986; y «Teoría de la imprevisión (aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay)», en Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.

«Art. 1.º (**Excesiva onerosidad sobreviniente**).— En los contratos bilaterales, conmutativos o aleatorios, de ejecución continuada, periódica o diferida. cuando una de las prestaciones se tornare. con relación a su equivalente, excesivamente onerosa de forma que se viere transgredida la buena fe del perjudicado y los daños superaren los propios del riesgo normal del contrato podrá el Juez, después de haber tomado en consideración las circunstancias en que se encuentren las partes, revisar el contrato conforme a pautas que surjan de la justicia conmutativa que debe prevalecer en cada caso.

«Art. 2.º (**Excepciones**).— Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará cuando:

- a) la ejecución del contrato se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada;
- b) la prestación excesivamente onerosa ya haya sido ejecutada, o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaren después de cumplirse la obligación;
- c) en los contratos conmutativos de ejecución inmediata el cumplimiento, a cargo de una de las partes, haya sido diferido por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 3.º (**Conclusión del juicio**).— El demandado puede terminar el litigio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, oído el actor, sean equitativas».

IX. CONCLUSIÓN

El estudio que hemos realizado de la legislación de América del Sur parece permitir trazar una línea diferencial bastante notoria entre los países que han incorporado de manera expresa la figura de la imprevisión a sus Códigos, con beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia. y los que se limitan a propiciar su aplicación por vía de interpretación, fundándose principalmente en el principio general de buena fe.

Se advierte, sin embargo, que en estos últimos no es frecuente que los tribunales, pese a los pronunciamientos favorables de la doctrina, hagan aplicación de la teoría de la imprevisión.

Por razones de distribución de trabajo nuestro aporte, en esta oportunidad, se ha orientado principalmente a analizar la situación imperante en aquellos países que ya han incorporado a su legislación dispositivos que procuran poner remedio al desequilibrio contractual provocado por un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

A nuestro criterio los aportes más destacados se han realizado en Argentina, donde la figura ha arraigado, y en Perú, cuyo nuevo Código de 1984 aporta soluciones a problemas no contemplados en otros cuerpos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A.: «La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante», en L.L. 1980-C-1109.
- ANASTASI, Leónidas: Las teorías de la imprevisión, de la cláusula «rebus sic stantibus» y de la presuposición, J.A. 29-576, J.A. 31-419.
- ANDORNO, Luis O.: «La teoría de la imprevisión», Zeus, T. 14, doct. 15.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual», Montecorvo, Madrid, 1978.
- ARIAS SCHREIBER, Max: Exégesis del Código civil peruano de 1984, T. I, Contratos: Parte General, 3.ª ed., San Jerónimo, Lima, 1988, Cap. VIII, Excesiva onerosidad de la prestación, p. 222 y ss.
- BARRA, Rodolfo Carlos: — Las dificultades materiales imprevisas. Diferencias con la teoría de la imprevisión, ED 79 - 324.
— El régimen de los mayores costos en la obra pública y la teoría de la imprevisión, ED 54 - 719.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo: La excesiva onerosidad de la prestación, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.
- BERGERO, Eliseo V.D.: Algunas reflexiones sobre la teoría de la imprevisión en la compraventa inmobiliaria, L.L. 1979 - A - 655.
- BIANCHI, Enrique Tomás: Sobre inflación e imprevisión, JA 1977 - III - 619.
- BORDA, Guillermo A.: La reforma del Código civil - Teoría de la imprevisión, E.D. 30 - 831.
- BUSSO, Eduardo B.: La doctrina de la imprevisión, L.L. 156 - 1166.
- CANO TELLES, Celestino A.: La frustración del fin del contrato (nota crítica al libro de Vicente Espert Sanz), A.D.C., 1968 - III, 668.
- CARDINI, Eugenio Osvaldo: La teoría de la imprevisión. Buenos Aires, 1937.
- CARLOMAGNO, Adelqui: — La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general, J.A. 43-17 (sec. doct.).
— «La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos», Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Año V, n.º 18, enero-abril 1950, p. 69.
— Algo más sobre la imprevisión, J.A. 1961 - IV - 75 (sec. doct.).
- CASIELLO, Juan José: — Reajuste de saldos de precios en las compraventas de lotes pagaderos en mensualidades. Teoría de la imprevisión, L.L. 1978, B - 1006.
— La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil. I.L. 131- 1491.
- COLOMBO, Leonardo A.: Consideraciones sobre la denominada cláusula «rebus sic stantibus», L.L. 98-737.
- COSSIO, Carlos: Nota sobre la teoría de la imprevisión, L.L. 100-921.
- DALURZO, Beatriz F.: La teoría de la imprevisión y la Constitución Nacional, J.A., 1960 - VI- 101.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: «Estudios de Derecho Privado», Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II, Sección Undécima: Alteración de las circunstancias, p. 91 y ss.
- DÍAZ CRUZ: La cláusula «rebus sic stantibus» en el Derecho Privado, R.G.L.J. 1946, mayo, p. 547.
- ESPERT SANZ, Vicente: «La frustración del fin del contrato», Tecnos, Madrid, 1968.
- FASSI, Héctor Pedro: La teoría de la imprevisión (en el derecho público), L.L. 98-781.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: — «Comentario» a Sentencia, A.D.C., 1954, año VII, n.º 3, p. 941. (sentencia en p. 937).
- La cláusula *rebus sic stantibus*, A.D.C., 1958 - IV, p. 1267.
- FORNIELES, Salvador: La cláusula «rebus sic stantibus». J.A. 1942 - IV- 9 (sec. doct).
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de: La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos, A.D.C., 1950 - IV. p. 1189 (en especial cap. I, 5, La cláusula *rebus sic stantibus*, p. 1198).
- GOLDENBERG, Isidoro H.: — «La teoría de la imprevisión», en Jus, n.º 19, La Plata, 1971, p.p 48-54.
- Problemática en torno a la depreciación monetaria y de la teoría de la imprevisión. Su tratamiento en las Segundas Jornadas Rioplatenses de derecho, E.D. 73-811.
- LENEL, Otto: La cláusula «rebus sic stantibus», Madrid, 1923.
- LEÓN, Pedro: «La presuposición de los actos jurídicos», Estudios de Derecho Civil, Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Córdoba 1936.
- LOPERA VARGAS, Octavio: «La teoría de la imprevisión», Univ. de Antioquía. Tesis (1967), separata.
- LLUIS y NAVAS BRUSI, Jaime: La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del principio de que los pactos han de ser observados, Reus, Madrid, 1957.
- MARIENHOFF, Miguel S.: — La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino, J.A., 1959 - IV- 10 (sec. doct.).
- Contratos administrativos. Régimen de pagos; intereses, imprevisión, mayores costos y actualización, J.A., 1977 -IV - 714.
- MASNATTA, Héctor: — El cambio de circunstancias y el contrato, J.A. 1959 - IV, p.p. 10 a 27, Sec. doct. (con una buena reseña bibliográfica).
- La excesiva onerosidad sobrevenida y el contrato, E.D. 23 - 886.
- MOLINA, Juan Carlos: «Abuso del derecho, lesión e imprevisión», Depalma, Buenos Aires, 1959.
- MORELLO, Augusto M.: La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato, J.A., 1976 - I - 678.
- MORELLO, Augusto M. y TROCCOLI, Antonio A.: «La revisión del contrato - Onerosidad sobrevenida - Intereses - Indexación», Buenos Aires, 1977.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: El reajuste por excesiva onerosidad sobrevenida, J.A., 1977 - III - 545.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: — «Teoría de la imprevisión», Ed. Antor, Montevideo, 1986.
- «Teoría de la imprevisión (aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay)», en Tendencias actuales y perspectivas del **Derecho Privado**, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.
- ORGAZ, Alfredo: El contrato y la teoría de la imprevisión, L.L. 60-691.
- OSTI, J.: «La cosiddetta clausola «rebus sic stantibus», Rev. di D. Civile, enero-febrero 1912, p. 1 y ss.
- PARDO, Alberto Juan: «Incorporación de la teoría de la imprevisión al Código civil», L.L. 136 - 1288.
- PIERRE, Juan Carlos: Sobre imprevisión y mora; interpretación contractual, L.L., 1981 - B - 1020.

- PINO, Augusto: «La excesiva onerosidad de la prestación» (trad. al castellano de Federico de Mallol, Bosch, Barcelona, 1959.
- RAFFO DEL CAMPO, Carlos A.: La teoría de la imprevisión y el caso fortuito, L.L. 109- 1101.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando: La empresa constructora y la teoría de la imprevisión, J.A. 1978 -II- 685.
- RAY, José Domingo: «La frustración del contrato», Acad. Nac. de Der. de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- REZZONICO, Luis María: «La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1954.
- SALAS, Acdeel: La cláusula oro y la teoría de la presuposición, J.A., 1943 - II - 43.
- SOLARI BRUMANA, Juan A.: Algunas reflexiones sobre la imprevisión y otras yerbas, J.A., 26-67 (serie moderna).
- SPOTA, Alberto G.: — La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos, J.A., 1953 - IV - 30.
- Un supuesto de imprevisión contractual por alteraciones extraordinarias de las prestaciones convenidas en una promesa bilateral de compraventa. J.A. 1955 - III - 97.
 - Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual, L.L. 121 - 645.
 - Imprevisión contractual y desvalorización o depreciación monetaria, J.A. 1965 - VI - 252.
 - Deudas dinerarias y teoría de la imprevisión contractual, L.L. 116 - 6.
 - Teoría de la imprevisión contractual, su aplicación en épocas de inflación monetaria. Culpa del damnificado, L.L. 140 - 453.
 - Imprevisión contractual, lesión subjetiva... , L.L. 1976 - D - 195.
 - Compraventa de cosa futura o locación de obra e imprevisión contractual, L.L. 1977 - C - 535.
- T. M. J.: «Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución». Bosch. Barcelona, 1951.
- V. J. C.: «Cosa juzgada e imprevisión», J.A. 1985-1-778.
- V. P. J. L.: Comentario a un dictamen del Consejo de Estado, A.D.C., 1948, año I, n.º 2, p. 547-554. (Dictamen en p. 543).
- W. J. M.ª: Sobre la teoría de la imprevisión y la autonomía contractual, J.A. 1965 - IV - 413.

La nueva regulación de la adopción en el derecho colombiano

YINETH LOZANO PINTO

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Colombia.
Título Superior en Ciencias de la Familia por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO: I. La importancia social de la adopción en Colombia.— II. La regulación de la adopción en Colombia: 1. La normativa del Código Civil.— 2. La normativa del Código del Menor de 1989: A. Concepto legal de la adopción.— B. Capacidad para adoptar y para ser adoptado.— C. Consentimiento para la adopción.— D. Procedimiento de adopción.— E. Efectos de la adopción.

I. LA IMPORTANCIA SOCIAL DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

Si la adopción ofrece hoy obvio interés en todo el mundo —claramente reflejado en el Derecho comparado con las frecuentes reformas legislativas en la materia—, su importancia social es especialmente grande en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, donde, a diferencia de la Europa occidental o de Norteamérica, hay altos índices de natalidad y se da el hecho de que numerosos niños carezcan de hogar, planteando al Estado y a la sociedad el deber de tutelarlos y a ser posible integrarlos en familias que aseguren su subsistencia y educación. Tal es el caso de varios países iberoamericanos y concretamente el de Colombia, en el que este estudio se centra.

Las estadísticas en Colombia a propósito de los menores abandonados son ciertamente significativas y alarmantes, aunque el Estado —a través especialmente de los servicios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar— venga realizando un considerable esfuerzo para afrontar el problema, ya a través de los establecimientos para niños, ya a través, como veremos, del impulso a la adopción de menores. Se estima que en las grandes ciudades colombianas en el año 1985 existían cinco mil «gamines» (niños sin hogar) en la calle; otros veinte mil fueron encontrados en situaciones irregulares y de éstos, dos mil ochocientos fueron entregados en adopción. A la fecha no existen estimaciones de los niños menores de doce años incorporados al mercado laboral, pero existe evidencia del trabajo infantil en canteras, minas de carbón, construcción, cosechas de café y algodón etc., trabajo que es realizado con muy baja remuneración y ausencia de seguridad social; además los horarios son inapropiados y les impide asistir a la escuela; toda esta situación aumentada por la incorporación de la mujer a la fuerza laboral y el debilitamiento de los lazos familiares, exigen soluciones de la comunidad y el Estado, ya que es prioritario que los niños puedan desarrollar al máximo todas sus facultades físicas y psíquicas y le sigan dando vida a la aún joven nación colombiana.

II. LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

1. La normativa del Código civil

En Colombia, después de su independencia de España, se promulgó la primera Constitución de carácter centralista y su artículo 168 declaró en vigor las leyes españolas, siempre y cuando no se opusieran a la Constitución, Leyes y Decretos que expidiera el Congreso, esta Ley española sobre adopción rigió hasta 1853, cuando se acogió el sistema federal de gobierno, donde cada provincia podía expedir sus propias leyes en materia civil. El 8 de enero de 1859, se sancionó como Ley el proyecto del Código Civil, ese Código de Cundinamarca desarrolló la Institución de la adopción en 21 artículos, correspondientes al título Duodécimo del Libro Primero.

Posteriormente, en virtud de la Ley 57 de 15 de abril de 1887, se adoptó el Código civil de la Unión para toda la Nación, con vigencia a partir del 22 de julio de 1887, en materia de adopción este Código ha sufrido radicales reformas, fijadas por la Ley 140 de 1960 y la Ley 5 de 1975 y finalmente a través del Decreto 2737 de 1989, el cual derogó todo lo anteriormente escrito con relación a la adopción.

2. La normativa del Código del Menor de 1989

A. *Concepto legal de adopción.*— El Decreto 2737 de 1989, llamado Código del Menor, recopiló en su capítulo cuarto, sección quinta, artículos 88 al 128 ambos inclusive, toda la normatividad relativa a la adopción, ya que al igual que en España, su parte adjetiva y sustantiva se encontraba distribuida en diferentes textos legales; pues bien haré un somero resumen sobre esta importante Institución, teniendo en cuenta su reciente reforma, empezaré por el artículo 88 que define la adopción como una medida de protección que establece una relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, bajo la suprema vigilancia del Estado.

El artículo 100 del Código del Menor —que establece parentesco civil entre adoptivo, adoptante y parientes consanguíneos o adoptivos de éste— preceptúa que las adopciones que se hicieron de acuerdo a la Ley 5 de 1975, que no hubiesen tenido la calidad de plenas, continuarán teniendo los mismos efectos que aquélla otorgaba a las calificadas de simples, pero la patria potestad sobre quienes fueron prohijados mediante adopción simple corresponderá al adoptante o adoptantes, según el artículo 101.

Con la vigencia del Decreto 2737 de 1989, se elimina la figura de la adopción simple y los procesos respectivos que no hubiesen sido fallados se archivarán, pero si los adoptantes manifiestan su voluntad de convertirla en la adopción reglamentaria, el proceso continuaría según lo reglado en el Código del Menor.

B. *Capacidad para adoptar y ser adoptado.*— En cuanto a la capacidad para adoptar el artículo 89 dice que quien tenga 25 años, quince más que el adoptable y además demuestre idoneidad física, mental, moral y social que garantice un hogar estable al menor, podrá adoptar; el adoptante casado y no separado de cuerpos, adoptará con el consentimiento de su cónyuge, a menos que éste sea absolutamente incapaz para otorgárselo, además podrán adoptar conjuntamente los cónyuges y la pareja formada por un hombre y una mujer que comprueben una convivencia ininterrumpida de por lo menos 3 años y este tiempo sólo se podrá contar a partir de la separación legal de cuerpos, si mediara algún vínculo anterior. El Código del Menor precisa como prueba idónea de la convivencia de la pareja no casada una de las siguientes: la declaración extraprocesal de tres testigos que les conste esa convivencia con la citación y audiencia del Defensor de familia; la inscripción del compañero permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social, acta del matrimonio celebrado ante la autoridad competente de otro país con el lleno de los requisitos legales de autenticación de Colombia, inscripción en el libro de Varios de la Notaría del lugar de domicilio de la pareja, con una antelación no menor de tres años y el

registro civil de nacimiento de los hijos habidos por la pareja con una antelación no inferior a tres años, se tendrán en cuenta los 270 días que antecedieron al nacimiento.

El artículo 91 dice que no riñe con la adopción que el presunto adoptante tuviese hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos o los llegase a tener; el hijo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro y el pupilo podrá ser adoptado por el guardador una vez saldadas las cuentas que administraba. El legislador no contempló la posibilidad de adoptar al hijo del compañero permanente, pues se refirió taxativamente al cónyuge.

De la misma manera, sólo podrán adoptarse los menores de 18 años que se encuentren declarados en situación de abandono, o los menores cuya adopción sea consentida previamente por sus padres o autorizada por el defensor de familia cuando no se encuentren en situación de abandono y carezcan de representante legal, también podrá adoptarse al mayor de 18 años cuando el adoptante hubiese tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste fuese mayor de edad, y cuando el menor sea poseedor de bienes la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

En cuanto a los menores indígenas sólo podrán darse en adopción quienes se encuentren abandonados fuera de su comunidad, previa consulta a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno o el organismo que haga sus veces, además debe intentarse la reincorporación del menor en su comunidad, siempre y cuando éstos le brinden la debida protección, igual si la situación de abandono se presenta dentro de la misma comunidad donde reside el menor, se respetarán los usos y costumbres de esa comunidad, siempre y cuando no perjudiquen el interés superior del menor.

C. *Consentimiento para la adopción.*— El artículo 94 se refiere al consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, manifestando personalmente ante el defensor de familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción, a falta de los padres del menor, será necesaria la autorización del defensor de familia expresada por medio de resolución motivada y si el menor es púber será necesario también su consentimiento. Igual los padres del menor antes de cumplir los 30 días de haber dado su consentimiento podrán revocarlo, pasado este tiempo será irrevocable. Además se entenderá faltar el padre o la madre cuando existiendo éstos les aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, cuya certificación sea expedida por la Dirección de Medicina Legal o por la sección de Salud Mental de los servicios seccionales de salud de la respectiva entidad territorial, a solicitud del defensor de familia. Tampoco tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer, ni el que se otorgue con relación a adoptantes determinados, excepto cuando el menor fuere pariente del

adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o fuera hijo del cónyuge del adoptante.

D. *Procedimiento de adopción.*— Realmente la legislación colombiana es casi idéntica a la española, pero es bien lógico, pues su influencia se remonta a épocas tan lejanas como la del Descubrimiento y como ya lo dije empezando este resumen, aún después de la Independencia las Leyes españolas tuvieron pleno vigor en Colombia. Pero ya en la actuación procesal de la adopción en Colombia se difiere ampliamente, pues ésta sólo podrá ser solicitada por los interesados en adoptar, a través de una demanda presentada por intermedio de apoderado ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre el menor. Además el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar establecerá los casos en que, por motivos de interés público o necesidad social, el defensor de familia apoderará a los adoptantes. En España el *iter* que da lugar a la adopción es la apreciación judicial de la conveniencia de la adopción, la prestación de consentimiento, asentimientos y audiencias que contempla la Ley, concluyendo esta fase judicial con la resolución aprobando la adopción que se propone.

La documentación presentada en Colombia para la demanda es taxativa de acuerdo al artículo 105, como es el consentimiento, el registro civil de nacimiento de los adoptantes y del menor, el registro civil de matrimonio o la prueba idónea de la convivencia extramatrimonial, la copia de la declaración de abandono, o la respectiva autorización para la adopción, la certificación sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes con vigencia no mayor de 6 meses, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o una entidad autorizada para el efecto, la solicitud de adopción suscrita por el adoptante o adoptantes presentada personalmente por ellos, los antecedentes penales o policiales de los adoptantes, certificación actualizada sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentra el menor albergado, expedida igualmente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Si los solicitantes de adopción son extranjeros residentes fuera de Colombia, anexarán una certificación oficial de su país donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor adoptable hasta su nacionalización; autorización del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor y concepto favorable para la adopción emitido por el defensor de familia con base en el examen de los documentos y la entrevista que efectúe con los adoptantes.

El artículo 108 ordena que cuando la demanda sea presentada por el defensor de familia, previa autorización del jefe jurídico, el juez dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la demanda si considera que se allegaron las pruebas suficientes para decretar la adopción. Si la demanda la presenta un abogado particular, el

juez correrá traslado al defensor de familia por el término de cinco días y si éste se allana, el juez dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes. Si el juez considera insuficientes las pruebas, señalará un plazo máximo de 10 días para decretar y practicar las que considere necesarias, cuando venza el término dictará la sentencia correspondiente y de ésta debe notificarse al menos uno de los adoptantes cuando la adopción sea conjunta y si uno de ellos falleciere antes de dictarse sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente, si manifiesta su voluntad de seguir con la adopción y la sentencia sólo producirá efectos respecto de él, en caso contrario el proceso terminará, igual terminará si la adopción fuere solicitada por una sola persona y ésta falleciere.

Como se puede apreciar por lo expuesto, la actuación procesal en Colombia para la adopción, es relativamente ágil, pues dista mucho de alcanzar el procedimiento español, que es un escrito no una demanda, en el que se puede actuar bajo la dirección de un abogado, pero no se exige legalmente esa dirección, además se emplea el término «propuesta» o «solicitud», según quien la presente, que puede ser una entidad pública o uno de los sujetos parte en la relación a constituir.

La adopción en Colombia requiere sentencia judicial y cuando esté en firme dicha sentencia, se debe inscribir en el Registro del Estado civil, omitiéndose en la sentencia y en el Registro civil en nombre de los padres con respecto de los cuales se destruyó el vínculo y si la sentencia es favorable, los efectos de la adopción surtirán desde la admisión de la demanda.

E. *Efectos de la adopción.*— En cuanto a derechos y obligaciones, la adopción dá al adoptivo y al adoptante los mismo derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos, se aplican en su totalidad las obligaciones de crianza, educación y establecimiento, o sean las de suministrar alimentos al hijo legítimo, también el derecho de dirigir la educación y formarlos moral e intelectualmente; y la obligación del hijo de socorrer a sus padres en todas las circunstancias de la vida, nace también para el hijo adoptivo. Igual la potestad parental se aplica en su totalidad al hijo adoptivo. De otro lado, el adoptivo sale totalmente de la familia de origen y rompe definitivamente todos sus vínculos con ésta, su filiación caduca para siempre, la única reserva que se conserva es la del impedimento matrimonial, entre los que fueran sus hermanos, padre o madre de sangre y el adoptivo. Además el adoptivo pierde los apellidos que tenía y toma los apellidos de los adoptantes, en cuanto al nombre del menor sólo podrá ser modificado si el adoptado es menor de tres años, o consienta en ello, o el juez encuentre justificadas las razones para su cambio. Igual subsistirán los vínculos jurídicos cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque éste hubiese fallecido.

La sentencia que decrete la adopción producirá los derechos y obligaciones propios de la relación paterno-filial y contendrá los datos necesarios para que se inscriba en el Registro civil y constituya el acta de nacimiento que reemplace la de origen, la cual debe anularse. Y en la sentencia el juez omitirá el nombre de los padres biológicos si fueran conocidos. Esta sentencia podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, según el trámite del Código de Procedimiento civil e intervendrá el defensor de familia. La sentencia en ningún caso será objeto de consulta, pero sí se podrá pedir su revisión para invalidar la sentencia que decrete la adopción, según lo ordenado en los artículos 112 y 113 del Código del Menor.

El artículo 114 establece reserva legal por el término de 30 años para todos los documentos y actuaciones del proceso, de esos documentos sólo se expedirá copia a los adoptantes, por solicitud directa a través de su apoderado o del defensor de familia, también podrá solicitarla el adoptivo que hubiese llegado a la mayoría de edad o la Procuraduría General de la Nación para fines investigativos. Cuando se presenten graves motivos que ameriten el levantamiento de la reserva o se hubiese admitido el Recurso de Revisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, ordenará el levantamiento, previo un trámite incidental. Con todo, el adoptado tiene derecho a conocer su origen y su vínculo familiar, los adoptantes juzgarán el momento y las condiciones más favorables para dar dicha información. Igual el adoptado podrá acudir al Tribunal Superior correspondiente con apoderado o por intermedio del defensor de familia y solicitar el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

INFORMACIÓN COMUNITARIA

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) *Normativa vigente*

COMPETENCIA

1. Reglamento (CE) n.º 385/96 del Consejo de 29 de enero de 1996 sobre protección contra las *prácticas perjudiciales en materia de precios en la construcción naval*. (DOCE, L, núm. 56, de 6 de marzo de 1996).

En desarrollo del Acuerdo sobre las condiciones normales de competencia en la industria de la construcción y de la reparación naval mercante, concluido en 1994 bajo los auspicios de la OCDE, el presente reglamento regula la situación atentatoria contra la competencia consistente en la utilización de un buque como objeto de prácticas perjudiciales en materia de precios; situación que se produce cuando su precio de exportación es inferior, en el curso de operaciones comerciales normales, al precio comparable establecido para un buque similar vendido a un comprador del país de exportación.

2. Reglamento (CE) n.º 240/96 de la Comisión de 31 de enero de 1996 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de *acuerdos de transferencia de tecnología*. (DOCE, L, núm. 31, de 9 de febrero de 1996).

El objetivo de este Reglamento es la unificación, dentro de las materias que regula, del ámbito de aplicación de las exenciones por categorías que en

aplicación del art. 85.3 del Tratado puede efectuar la Comisión en relación con las categorías de acuerdos y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del apartado 1.º del propio artículo 85. De este modo se concentran en un Reglamento único los acuerdos de transferencia de tecnología, armonizando y simplificando en lo posible las disposiciones aplicables a los acuerdos de licencia de patentes y de «know-how», con el fin de fomentar la difusión de conocimientos técnicos en la Comunidad y de promover la fabricación de unos productos técnicamente superiores.

El presente Reglamento se aplica a las licencias de patentes nacionales de los Estados miembros, a las licencias de patentes comunitarias (Convenio relativo a la patente europea para el mercado común, de 15 de diciembre de 1975), así como a las licencias de patentes europeas -licencias puras de patentes- (Convenio sobre la concesión de patentes europeas, de 5 de octubre de 1973). También se aplica a los acuerdos de licencias de información técnica no protegida por patente (por ejemplo, descripción de procedimientos de fabricación, recetas, fórmulas, dibujos o modelos), comúnmente denominada «know-how» (licencias puras de «know-how»), así como a los acuerdos mixtos de licencias de patentes y licencia de «know-how» (acuerdos mixtos); estos últimos desempeñan un papel cada vez más importante en las transferencias de tecnología.

DERECHO INSTITUCIONAL

3. Comité Económico y Social. Reglamento interno (Aprobado en el Pleno de 6 de julio de 1995). (DOCE, L, núm. 82, de 30 de marzo de 1996).

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO; LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

4. Directiva 96/19/CE de la Comisión de 13 de marzo de 1996 por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones. (DOCE, L, núm. 74, de 22 de marzo de 1996).

Esta importante Directiva trata de poner las bases para el logro del objetivo que ya figura en su rúbrica: la consecución de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones antes del 1 de enero de 1998. Abarcando los servicios de telecomunicaciones en general (cubiertos por una ya larga serie de Directivas) incide especialmente la modificación en los aspectos relativos a la telefonía vocal, habida cuenta de las especiales circunstancias que perviven en este sector, controlado por los actuales organismos que de ordinario monopolizan la red pública de telecomunicaciones. Para permitir que los organismos de telecomunicaciones completen su proceso de preparación a la libre competencia y planteen el necesario reajuste de tarifas, los Estados miembros podrán mantener los derechos especiales y exclusivos vigentes hasta la fecha indicada; fecha que podrá verse aliñada con períodos transitorios para los Estados miembros con redes menos desarrolladas (como España).

En concreto, la supresión de los derechos exclusivos y especiales para la prestación de servicios de telefonía vocal permitirá a los organismos de tele-

comunicaciones de cualquier Estado miembro prestar sus servicios directamente en cualquier otro; mas ello necesita de medidas adicionales que liberalicen de facto la competencia frente a los actuales organismos naciones de telecomunicaciones que disfrutan no sólo de derechos exclusivos para la prestación de servicios, sino también para crear y suministrar la infraestructura correspondiente. Por ello la Directiva ofrece a las empresas recién llegadas la posibilidad de elegir libremente la infraestructura necesaria para sus servicios, en competencia con el operador dominante. Igualmente, la supresión de los derechos exclusivos y especiales relativos a la prestación de servicios de telefonía vocal surtiría poco efecto, o ninguno, si las nuevas empresas se vieran obligadas a utilizar la red pública de telecomunicaciones de los actuales organismos, por lo que la supresión que han de llevar a cabo los Estados miembros se referirá a los derechos exclusivos vigentes con respecto al suministro y utilización de infraestructuras, autorizando a los prestadores de servicios de telefonía vocal a utilizar su propia infraestructura o cualquier otra infraestructura alternativa a su elección.

Tal liberalización no puede restringirse o falsearse a través de la imposición de requisitos obligatorios que introduzcan procedimientos de licencia o de declaración cuando ello no sea imprescindible para garantizar el funcionamiento del servicio público en un entorno competitivo o cuando tales requisitos obligatorios no se acomoden al principio de proporcionalidad de conformidad con los artículos 56 y 66 del Tratado. A tales efectos y como medida preventiva es necesario que los Estados miembros notifiquen previamente a la Comisión todo requisito de licencia o de declaración que deseen introducir, con objeto de que se evalúe su compatibilidad con el Tratado y, en concreto su proporcionalidad.

Otros aspectos objeto de armonización son los relativos a la necesidad de que se produzca un progresivo acercamiento de las tarifas telefónicas a sus costes reales, el acceso equitativo de todas las empresas de telecomunicación a un sistema equitativo de acceso a una numeración no discriminatoria (el plan nacional de numeración se deberá encomendar a un órgano independiente); el derecho de los nuevos prestadores de servicios de telefonía vocal a interconectar su servicio para completar sus llamadas, con la red pública de telecomunicaciones en las terminales de interconexión necesarias, incluido el acceso a las bases de datos de clientes necesarias para la prestación de servicios de guía telefónica; la obligación de publicar tarifas y condiciones de interconexión normalizadas o la igualdad de oportunidades y derechos en el acceso a vías que atraviesen propiedades públicas o privadas con el objeto de colocar instalaciones para llegar a los usuarios finales.

5. Directiva 96/26/CE del Consejo de 29 de abril de 1996 relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías y de transportista de viajeros por carretera, así como el reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos destinados a favorecer el ejercicio de la libertad de establecimiento de estos transportistas en el sector de los transportes nacionales e internacionales. (DOCE, L, núm. 124, de 23 de mayo de 1996).

Con vistas a la armonización de las condiciones de acceso a la profesión de transportista de mercancías o de viajeros por carretera, en aras al objetivo de favorecer la libertad de establecimiento, la presente Directiva incide en tres

aspectos fundamentales, a saber, el requisito de honorabilidad, el de capacidad financiera y el de competencia profesional. Se establecen así criterios para medirlos y la forma de probar la aptitud o suficiencia en todos ellos: para el primero, es preciso que no existan en el transportista condenas graves, incluidas las del ámbito comercial, así como una ausencia de declaración de inaptitud para el ejercicio de la profesión. Estos criterios, como los relativos a la capacidad financiera, tendentes a garantizar la igualdad de trato de las empresas de los diferentes Estados miembros, se prueban de manera suficiente mediante la presentación de documentos apropiados expedidos por una autoridad competente del país de origen o procedencia del transportista. En cuanto al requisito de competencia profesional, será necesario un examen escrito, que los Estados miembros podrán dispensar si el transportista acredita suficiente experiencia práctica.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

6. Posición común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados. (DOCE, L, núm. 63, de 13 de marzo de 1996).

Uno de los aspectos de la presente Posición común que más llama la atención es el relativo a la nueva perspectiva que el TU puede atribuir a la interpretación de normas ajenas al Derecho comunitario, incluso, al propio Derecho autónomo de cada Estado miembro singularmente considerado. En este caso, se trata de dotar de contenido común (interpretación común) al concepto de «refugiado» contenido en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados; convenio que vincula a un importante número de Estados de la Comunidad Internacional, más allá de los Estados miembros de la Unión Europea. Ello no obstante, la Posición común se encarga de precisar que sus orientaciones deben entenderse sin perjuicio de la jurisprudencia de los Estados miembros en materia de asilo y de sus normas constitucionales reguladoras de tal materia; en tal sentido, la Posición común no vincula a los órganos legislativos y no afecta a las decisiones de las autoridades judiciales de los Estados miembros.

7. Directiva 96/30/CE del Consejo de 13 de mayo de 1996 que modifica la Directiva 94/80/CE por la que se fijan las modalidades de ejercicio del *derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales* por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. (DOCE, L, núm. 122, de 22 de mayo de 1996).

Se pone al día la Directiva 94/80/CE en lo relativo a la incorporación de los nuevos Estados miembros, Austria, Finlandia y Suecia.

PROPIEDADES ESPECIALES

8. Reglamento (CE) n.º 1107/96 de la Comisión de 12 de junio de 1996 relativo al registro de las *indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen* con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo. (DOCE, L, núm. 148, de 21 de junio de 1996).

El presente Reglamento establece la lista de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen cuyo registro fue solicitado dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento 2081/92 y que han sido objeto de examen y juicio positivo de conformidad con los requisitos de éste para gozar de la protección a escala comunitaria como indicación geográfica (IGP) o denominación de origen (DOP). Tales indicaciones y denominaciones aparecen recogidas en el Anexo del Reglamento, que se encarga de recordar que las que no figuren en el mismo, pero hayan sido comunicadas en aplicación del art. 17 del Reglamento 2081/92 seguirán estando protegidas a escala nacional hasta que no se adopte una decisión al respecto.

RELACIONES EXTERIORES

9. Decisión del Consejo de 20 de noviembre de 1995 relativa a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur, y sus Estados partes, por otra. (DOCE, L, núm. 69, de 19 de marzo de 1996).

Este Acuerdo Marco Interregional de Cooperación sienta las bases para una acción futura más concreta en distintos ámbitos, tendente a fortalecer las relaciones existentes entre las partes y a preparar las condiciones para la creación de una Asociación Interregional. Los ámbitos de cooperación son el comercial, el económico (cooperación empresarial, fomento de inversiones, transporte, energía, telecomunicaciones y tecnología de la información, medio ambiente), formación y educación, comunicación información y cultura, lucha contra el narcotráfico... La supervisión del funcionamiento del Acuerdo corresponderá a un Consejo de Cooperación, integrado por miembros del Consejo, de la Comisión, por una lado, y por miembros del Consejo del Mercado Común y por miembros del Grupo Mercado Común del Mercosur.

MATERIAS VARIAS: COMPENSACIÓN CONTRACTUAL; COOPERACIÓN JUDICIAL

10. Directiva 96/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de marzo de 1996 por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la *compensación contractual*. (DOCE, L, núm. 85, de 3 de abril de 1996).

11. Acción común de 22 de abril de 1996 adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. (DOCE, L, núm. 104, de 27 de abril de 1996).

Por la presente acción común se crea un marco que permite enviar o intercambiar entre Estados miembros magistrados o funcionarios con especial experiencia en procedimientos de cooperación judicial, denominados «magistrados de enlace», sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales.

El principal objetivo perseguido con la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace es incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial y contribuir al mismo tiempo al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de los Estados miembros y su funcionamiento. Estos magistrados tendrán a su cargo la realización de cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación en materia penal y, en su caso, civil. Sus funciones podrán incluir también, basándose en acuerdos celebrados entre los Estados concernidos, cualquier actividad destinada a intercambiar información y datos estadísticos a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas y las relaciones entre los profesionales del campo jurídico de ambos Estados.

B) Propuestas, proyectos, trabajos legislativos

ENTIDADES DE SEGUROS; ENTIDADES DE CRÉDITO

12. Resolución del Parlamento Europeo sobre seguros marítimos. (DOCE, C, núm. 117, de 22 de abril de 1996).

El Parlamento Europeo pide a la Comisión que estudie las medidas oportunas para tratar de atajar la situación actual en el ámbito de la cobertura de daños derivados de accidentes marítimos. La situación actual muestra que los clubes de protección e indemnización del International Group controlan aproximadamente el 90 % del mercado mundial del seguro de responsabilidad marítimo, facilitando una cobertura a los armadores que sean miembros de la mutua de hasta 20000 millones de dólares estadounidenses, mientras que tan sólo están reasegurados hasta el límite de 1500 millones de dólares estadounidenses. Ello implica que en el caso de grandes desastres que superen los 1500 millones, los armadores deberán cubrir la diferencia con la consiguiente posibilidad de quiebra de los mismos. Este es el estado de cosas que anima al Parlamento a solicitar el estudio a la Comisión sobre la base del principio de que «quien contamina paga».

13. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE del Consejo sobre el *coeficiente de solvencia de las entidades de crédito*. (DOCE, C, núm. 114, de 19 de abril de 1996).

14. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la *supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros*». (DOCE, C, núm. 174, de 17 de junio de 1996).

Vid. el núm. 20 de la Crónica anterior. El CES emite dictamen favorable sin perjuicio de una serie de observaciones que resumimos: la necesidad de tener en cuenta la realidad económica, al determinar las participaciones; que las sociedades «holding» de seguros sean objeto de procedimientos rigurosos en materia de supervisión de detección de la creación de capital ficticio; que sean los Estados miembros los que valoren el dispensado de las participaciones de las empresas de reaseguros; que en la supervisión de solvencia ajustada se reconozcan todos los elementos de fondos propios y los elementos de valorización de los activos de filiales admitidos a nivel de supervisión individual y que el coste de la supervisión adicional sea proporcional a los riesgos cautelares en que pueda incurrirse y no perjudique a la competitividad de las sociedades europeas de seguros.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

15. Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son *residentes de larga duración* en el territorio de los Estados miembros. (DOCE, C, núm. 80, de 18 de marzo de 1996).

La Resolución pone el acento en la necesidad de tratar de forma singular a los residentes de larga duración procedentes de terceros países, con vistas a su plena integración social y económica, para lo cual determina la adopción de una serie de medidas comunes que van desde la descripción de lo que haya de entenderse por residente de larga duración hasta el reconocimiento de derechos próximos a los de los nacionales.

16. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la *supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores*». (DOCE, C, núm. 174, de 17 de junio de 1996).

El CES emite su dictamen favorable haciendo especial hincapié en la trascendencia política que posee la supresión de los controles en las fronteras interiores de cara a la opinión pública europea e internacional, revistiendo, además de la plena eficacia de los compromisos y mandatos del Tratado, un importante valor simbólico. En esta línea, el Comité reitera la importancia de las medidas de acompañamiento, que considera indispensables para la aplica-

ción de la Directiva, por lo que aconseja que ésta no entre en vigor hasta tres meses después de que el Consejo haya comprobado que se reúnen las condiciones para que su puesta en práctica sea satisfactoria.

17. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, confiriendo competencias de ejecución a la comisión para la actualización de algunos artículos. (DOCE, C, núm. 28, de 1 de febrero de 1996).

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

18. Dictamen sobre la deslocalización de empresas internacionales. (DOCE, C, núm. 100, de 2 de abril de 1996).

La presentación de este proyecto de dictamen de propia iniciativa surge por la preocupación de algunos gobiernos regionales por los desplazamientos de la actividad industrial realizados por determinadas empresas transnacionales durante los años 1993 y 1994 de un país de la Unión Europea a otro. El estudio tiene como finalidad fundamental conocer la dimensión que ha alcanzado este fenómeno de actividad industrial y, sobre todo, la que puede alcanzar en un futuro, para lo cual aborda tanto el análisis de las migraciones de la actividad industrial, que pueden ser consideradas como cambios de carácter estático y los cambios que tienen lugar desde una perspectiva dinámica a través de las nuevas inversiones.

19. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la apertura de los mercados de servicios de telecomunicaciones a la competencia plena. (DOCE, C, núm. 39, de 12 de febrero de 1996).

Vid. el núm. 4 de la presente Crónica

20. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por la que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro. (DOCE, C, núm. 60, de 29 de febrero de 1996).

En el marco de la libre prestación de servicios, le presente propuesta sienta las bases que permitirán a cualquier transportista de viajeros por carretera establecido en un Estado miembro o autorizado por un Estado miembro para ejercer la profesión de transportista de viajeros por carretera en el ámbito de los transportes internacionales, realizar con carácter temporal transportes nacionales de viajeros por carretera por cuenta ajena en otro Estado miembro, aunque no disponga en este último de sede o de establecimiento. (*Vid.* el núm. 5 de la presente Crónica).

21. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones. (DOCE, C, núm. 62, de 1 marzo de 1996).

22. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. (DOCE, C, núm. 65, de 4 de marzo de 1996).

Vid. el núm. 13 de la Crónica anterior, al que la presente Propuesta del Parlamento Europeo introduce no pocas modificaciones

23. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicación. (DOCE, C, núm. 90, de 27 de marzo de 1996).

Las presente Propuesta de directiva incide en la articulación de los mecanismos necesarios para hacer efectiva la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, mediante el establecimiento de unos principios comunes aplicables a los regímenes de concesión de autorizaciones generales y licencias individuales en los distintos Estados miembros; principios basados en categorías de derechos y obligaciones equilibrados, que deberán ser aplicables a todas las autorizaciones necesarias para la prestación de todo servicio de telecomunicación y para el establecimiento y/o la explotación de toda infraestructura que permita la prestación del servicios de telecomunicación. En este marco, la entrada en el mercado solo puede ser objeto de restricciones basadas en criterios de selección objetivos, transparentes, proporcionados y no discriminatorios, relacionados con la disponibilidad de recursos escasos, así como en la aplicación de procedimientos de concesión objetivos, transparentes y no discriminatorios.

24. Dictamen del Comité de las Regiones relativo a la Comunicación de la Comisión «Posible evolución de las consultas en torno al Libro Verde "Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior - Valoración de la necesidad de una acción comunitaria"». (DOCE, C, núm. 100, de 2 de abril de 1996).

25. Dictamen sobre el proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE relativa a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones. (DOCE, C, núm. 100, de 2 de abril de 1996).

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

26. Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Mercado Unico y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado». (DOCE, C, núm. 39, de 12 de febrero de 1996).

El 22 de noviembre de 1995 el CES emitía el presente informe del que rescatamos sus conclusiones: 1.º El CES ha tenido, en diversas ocasiones, la oportunidad de pronunciarse sobre las consecuencias de una política de realización de un Mercado Unico que no tuviera suficientemente en cuenta los intereses de los consumidores. 2.º El balance que puede hacerse hoy de la realización del Mercado Unico, desde el punto de vista de los consumidores, no es muy positivo porque, si bien se han realizado algunos progresos, no se han concretado todavía aspectos importantes para la protección y defensa de los consumidores. 3.º Entre los progresos positivos de interés para los consumidores, realizados en el seguimiento del Mercado Unico, podemos destacar: a) la creación de algunos centros transfronterizos de información, b) la creación de la nueva DG XXIV, c) la creación de un nuevo CC, d) la adopción de algunas directivas importantes como la relativa a las cláusulas abusivas, e) la elaboración de los dos «libros verdes» sobre el acceso a la justicia y la regulación de los litigios transfronterizos y las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa, f) los primeros pasos en la información por medios informáticos (red Internet) y en sectores limitados (programas EHLASS, proyecto REIS, red COLINE), g) el interés mostrado por la Comisión, en el marco del Programa PHARE, por la protección de los consumidores en los países de Europa central y oriental. 4.º Sin embargo, siguen sin concretarse algunos aspectos fundamentales para los consumidores, entre los cuales cabe subrayar: a) los retrasos, errores y defectos en la transposición de directivas y las diferencias de interpretación y de condiciones de aplicación del derecho derivado, y la falta de aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores, b) la carencia de una información efectiva sobre los derechos fundamentales de los consumidores y la forma de ejercerlos en el marco del Mercado Unico, c) la falta de consagración general del efecto horizontal directo de las directivas sobre materias de consumo, d) la ausencia de programas integrados de formación de los consumidores en general y de los responsables de la interpretación y aplicación del derecho de consumo, e) la ausencia de un verdadero Mercado Unico en materia de seguros o de servicios financieros en general, f) la falta de un sistema uniforme de crédito hipotecario, g) las desigualdades en la aplicación del IVA, h) las dificultades en el reconocimiento mutuo de las habilitaciones profesionales, i) la falta de resultados concretos en materia de seguridad general de los consumidores y de los servicios y de la responsabilidad de los productos defectuosos, j) la falta de reglas vinculantes en materia de publicidad desleal, k) la ausencia de reglas para la generalidad de los servicios públicos (servicios postales, telecomunicaciones, energía, agua, etc.). 5.º Por otra parte y después de Maastricht, no se han aprovechado las posibilidades introducidas en el Tratado en materia de política comunitaria relativa a los consumidores, entre las que destacan: a) una utilización más extensa del nuevo fundamento jurídico contenido en el artículo 129 A, apartado 1, letra b), b) una aplicación del principio de una subsidiariedad que no despoje de contenido ciertas propuestas de directiva en nombre de una deseable simplificación legislativa, pero que no impida la adopción de políticas distin-

tas, e incluso opuestas, en los Estados miembros, c) una mayor transparencia en los procesos de creación o de interpretación del derecho comunitario al nivel del Consejo o de los Comités de acompañamiento y mayor simplicidad en su formulación y redacción, d) una mayor apertura en la interpretación y aplicación de los artículos K1 y K9 del Tratado de Maastricht en lo que se refiere al acceso al derecho y la práctica por parte de los consumidores que les confiera una mayor protección en caso de conflicto transfronterizo, e) la consagración de un poder general de representación de las organizaciones de consumidores en los litigios de consumo (acciones de grupo o acciones colectivas) tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, junto al Tribunal de Justicia, f) una más rápida entrada en funciones del Defensor del Pueblo. 6.º La próxima revisión del Tratado de Maastricht debe ser aprovechada para incluir en el Tratado algunas disposiciones fundamentales relativas a la mejor protección y defensa de los consumidores, y para promover su participación y representación a todos los niveles de decisión. Así, en particular, deberá: a) revisarse la redacción del artículo 129 A de forma que sea consagrada una política de los consumidores integrada y concertada, y la promoción de todos sus intereses, b) introducirse una clara enumeración de los derechos fundamentales de los consumidores como derechos de ciudadanía europea de carácter económico y social, c) definirse, con carácter de generalidad, la naturaleza horizontal de la política de los consumidores, d) consagrarse el reconocimiento mutuo de las organizaciones de consumidores como parte en las acciones colectivas de consumo, e) establecerse una nueva vía de recurso especial para la decisión última sobre la corrección de la aplicación concreta del principio de subsidiariedad.

27. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores. (DOCE, C, núm. 107, de 13 de abril de 1996).

Con la presente Propuesta se trata de hacer efectiva la protección sustancial que otorgan determinadas Directivas (según el Anexo: publicidad engañosa, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, crédito al consumo, ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, publicidad en los medicamentos de uso humano, cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, protección de los adquirentes de un derecho de utilización temporal de bienes inmuebles y, eventualmente, contratos negociados a distancia) y la legislación que las desarrolla. A tales efectos, se prevé la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a determinadas acciones que permitan garantizar la protección de los intereses de los consumidores en el momento oportuno; la Propuesta gira en torno a la noción de «organismos cualificados», entendiéndose por tales, cualquier organismo que de conformidad con el Derecho nacional posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones de protección de los consumidores y, en especial, los organismos públicos independientes específicamente responsables de la protección de los intereses de los consumidores en los Estados miembros en que existan, o las organizaciones que posean un interés legítimo, así como las organizaciones representativas de empresas o federaciones de empresas, según los criterios de la legislación nacional. Estos organismos cualificados, debidamente acreditados

mediante un documento ad hoc, podrán ejercitar las acciones correspondientes ante cualquier autoridad competente de los Estados miembros.

La propuesta, que se considera de mínimos (art. 7) posibilita la instauración de una obligación de notificación previa a la parte demandada a cargo de la parte que se proponga entablar una acción inhibitoria.

PROPIEDADES ESPECIALES

28. Dictamen del Comité Económico y social sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información». (DOCE, C, núm. 97, de 1 de abril de 1996).

El Comité Económico y Social emite dictamen sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» que aborda los aspectos relacionados con las nuevas medidas de armonización a nivel comunitario que podrían resultar necesarias a consecuencia, sobre todo, del desarrollo de las autopistas de la información y la circulación de obras culturales a través de ellas. En este dictamen el CES afirma que el tratamiento de las cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la sociedad de la información exige localizarse a nivel internacional, restando importancia al nivel nacional en beneficio, como mínimo, del nivel comunitario, teniendo muy en cuenta las iniciativas internacionales (como el Libro Blanco estadounidense sobre el tema) y reafirmando la necesidad de que se obtenga una posición común, única y firme de la UE. Las prioridades de actuación son, en opinión del CES: determinar la legislación aplicable a las transacciones transfronterizas dentro de la Comunidad y con origen y destino en terceros países; armonizar la legislación sobre el agotamiento de los derechos; garantizar la plena protección del derecho de restringir la digitalización como elemento integrante del derecho de reproducción; armonizar las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a aquellos casos en que se permite el acceso del público en general a las obras difundidas por medio de las autopistas de la información; armonizar las legislaciones sobre el derecho moral en la Comunidad; todo ello respetando el equilibrio de intereses entre autores, productores y consumidores.

29. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde - Protección de los *modelos de utilidad* en el mercado interior». (DOCE, C, núm. 174, de 17 de junio de 1996).

El CES recomienda a través de su dictamen, y entre otros extremos: de manera preventiva, un análisis más profundo de los regímenes de protección complementarios de la patente denominados modelo de utilidad (MU) dentro de un sistema de protección menos desarrollado que el de otros países competidores (EEUU y Japón, por ejemplo); garantizar que la armonización de los distintos regímenes nacionales se base tanto en los aspectos sustantivos del derecho como en los procedimentales y garantistas; un planteamiento global de la protección, teniendo muy en cuenta los vigentes instrumentos de protección de la propiedad industrial e intelectual; la garantía de que podrán optar a la protección los MU que respondan a los requisitos de a) novedad absoluta,

b) aplicación industrial, c) actividad inventiva o, como alternativa, ventaja práctica industrial respecto del estado anterior de la técnica; la previsión de que el ámbito de protección resulte claramente de un número limitado de «reivindicaciones» y de que la investigación de la anterioridad sea voluntaria en general y obligatoria para quien desee hacer valer el derecho relativo al MU frente a un tercero; la posibilidad de que un organismo centralizado comunitario o europeo desempeñe un papel activo de asistencia, asesoramiento y apoyo a las empresas, en especial a las PYME; la posibilidad, en una fase posterior a la armonización real, de adoptar medidas de reconocimiento mutuo; el estudio de las posibilidades de creación de un MU comunitario que abarque todo el territorio europeo una vez realizada la armonización y el reconocimiento mutuo antes citado, y una verificación a fondo de su aplicación práctica uniforme y de las posibilidades de aplicación del lenguaje digital al régimen de patentes europeo.

30. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al *derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*. (DOCE, C, núm. 178, de 21 de junio de 1996).

La actual regulación del derecho de participación de los autores de una obra artística original en las operaciones de venta de las que sea objeto tras la primera cesión operada por parte del autor exige de una armonización a nivel comunitario; objetivo al que se dirige la presente Propuesta de Directiva. En efecto, tal derecho está reconocido en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros, pero con ciertas diferencias, especialmente en lo que atañe a las obras contempladas, a los beneficiarios del derecho, al tipo aplicado, a las ventas sujetas al mismo, así como a su base imponible. Este hecho implica que a través de la aplicación o no del derecho se produzca una alteración de las condiciones de competencia en el mercado interior, falseándola y desplazando las operaciones de venta dentro de la Comunidad.

Por ello, la Propuesta ordena que los Estados miembros establezcan en beneficio del autor de una obra de arte original un derecho de participación definido como un derecho inalienable a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido a raíz de cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor (no se incluyen las transacciones efectuadas por particulares que actúen como tales). La Propuesta regula, a tal efecto, el umbral de aplicación (obras vendidas por más de 1000 ecus), los diferentes tipos sobre el precio de venta sin impuestos (tres tramos), los beneficiarios del derecho de participación o su duración, entre otros extremos.

31. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la *protección jurídica de los diseños*. (Presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE el 14 de marzo de 1996). (DOCE, C, núm. 142, de 14 de mayo de 1996).

Las alteraciones introducidas en la Propuesta (referenciada en la Crónica aparecida en *A.D.C.*, 1994, Fasc. I, pp. 229-275, núm. 60; *vid.* también el núm. 39 de la Crónica aparecida en *A.D.C.*, 1995, Fasc. III, pp. 1241-1274) afectan a la definición de «diseño» y de «producto», al ámbito de aplicación de la normativa, a los requisitos de protección, a las nociones de «novedad» y

«carácter singular» a la divulgación, a los aspectos relacionados con la nulidad o denegación del registro, al uso de los diseños a efectos de reparación, al derecho a la información y a las relaciones con el derecho de propiedad intelectual, entre otros extremos.

MATERIAS VARIAS: TRANSPORTES, DERECHO INSTITUCIONAL, POLÍTICA SOCIAL, BIENES CULTURALES, TURISMO

32. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la *responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente*. (DOCE, C, núm. 104, de 10 de abril de 1996).

El régimen de responsabilidad instaurado por el Convenio de Varsovia, vigente en casi todo el mundo en alguna de sus diversas versiones (según los protocolos que le siguieron) no es, a juicio del Consejo, un régimen que se adecúa a la realidad de nuestros días, por lo que esta importante propuesta incide en varios aspectos que determinarán de forma directa la responsabilidad de las «compañías aéreas comunitarias». En primer lugar, la responsabilidad derivada de los daños sufridos por un pasajero en caso de muerte, herida o lesión corporal, *no estará sujeta a ningún límite legal o contractual*; en segundo término, con respecto a cualquier daño, y hasta un importe de 100000 ecus, las compañías aéreas no podrán excluir o limitar su responsabilidad demostrando que ellas y sus agentes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el perjuicio o que les resultó imposible adoptar tales medidas.

Otra medida interesante es la obligación de pagar o poner a disposición de la persona con derecho a indemnización una cantidad a tanto alzado de hasta 50000 ecus, en proporción al perjuicio causado, a más tardar en el plazo de 10 días siguientes al suceso que produjo los daños, así como la apertura de un fuero de competencia judicial en favor de los Tribunales de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el pasajero afectado tenga su domicilio o residencia permanente.

33. Comité de las Regiones. Dictamen sobre la *revisión del tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*. (DOCE, C, núm. 100, de 2 de abril de 1996).

34. Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los *derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas*, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. (DOCE, C, núm. 100, de 2 de abril de 1996).

35. Dictamen sobre: 1.-La propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Anexo del Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo, del 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de *bienes culturales*, y 2.-La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el Anexo de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, del 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes cul-

torales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. (DOCE, C, núm. 97, de 1 de abril de 1996).

Se trata de un dictamen en torno a un aspecto eminentemente técnico, como es el de la clasificación y tratamiento de algunos bienes culturales considerados de forma distinta por los Estados miembros, fundamentalmente por problemas lingüísticos.

36. Libro Verde para el turismo. Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión sobre el papel de la Unión en materia de turismo. (DOCE, C, núm. 95, de 4 de marzo de 1996).

II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS

COMPETENCIA JUDICIAL Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

37. Pregunta escrita núm. 1668/95 de Pat Gallegher al Consejo (16 de junio de 1995). Asunto: La Convención de Bruselas 1968 enmendada y ampliada - Jurisdicción y aplicación de sentencias sobre temas civiles y comerciales. Respuesta (20 de diciembre de 1995) (DOCE, C, núm. 56, de 26 de febrero de 1996).

Pregunta: ¿Está de acuerdo el Consejo en que, en interés de los consumidores y de las empresas Comerciales, la aplicación correcta de la Convención Europea sobre la aplicación de sentencias en asuntos civiles y comerciales firmada en Luxemburgo el 3 de junio de 1971, enmendada y ampliada, requiera la creación y mantenimiento de un Registro Central de Causas y Sentencias dictadas bajo su mandato?

Respuesta: El Consejo recuerda a Su Señoría que el objetivo fundamental de la Convención de Bruselas de 1968, tal y como quedó modificada con posterioridad, consiste en determinar la competencia de las jurisdicciones nacionales en las materias civiles y comerciales cubiertas por la Convención, así como en facilitar el reconocimiento y el establecimiento de un procedimiento rápido con el fin de garantizar la ejecución de las decisiones, así como de los actos auténticos y de las transacciones judiciales. La cuestión formulada por Su Señoría, que tiene por objeto el saber si procede establecer un registro central de los asuntos y decisiones recogidos en el marco de esta Convención, no se está estudiando ahora mismo en el Consejo. Por otra parte, cabe destacar que, con el fin de garantizar una aplicación tan eficaz y uniforme como sea posible de las disposiciones de la Convención de Bruselas, según el régimen del Protocolo de 3 de junio de 1971, las jurisdicciones nacionales que fallan un recurso, o cuyas sentencias no pueden ser objeto de recurso jurisdiccional de derecho interno, son competentes para solicitar al Tribunal de Justicia, un intercambio de informaciones relativas a las decisiones dictadas por las jurisdicciones que están en la obligación de pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión determinada. La garantía de que se publiquen decisiones judiciales dictadas tanto por las jurisdicciones nacionales de los

Estados miembros como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se refieran a la interpretación de la citada Convención, corresponde a iniciativas privadas de las editoriales de publicaciones jurídicas y profesionales en los Estados miembros.

MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

38. Pregunta escrita núm. 273/96 de Peter Crampton a la Comisión (15 de febrero de 1996). Asunto: Matrimonios de conveniencia. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (9 de abril de 1996). (DOCE, C, núm. 185, de 25 de junio de 1996).

Pregunta: ¿Qué medidas va a tomar la Comisión contra el Gobierno del Reino Unido por la imposición de una condición no permitida por la legislación comunitaria, concretamente, la determinación en el marco de una ley nacional de si un matrimonio es de «conveniencia» en relación con solicitudes de permiso de residencia por parte de no ciudadanos de la UE casados con ciudadanos de la UE que ejercen su derecho a la libre circulación en el Reino Unido?

Respuesta: La Comisión está al corriente de los problemas que plantea la normativa británica sobre los «matrimonios de conveniencia». En efecto, ha recibido varias quejas de ciudadanos comunitarios y de sus cónyuges no comunitarios que han tendido problemas para obtener un permiso de residencia en el Reino Unido. La Comisión ha enviado una carta de emplazamiento al Reino Unido en relación con diferentes aspectos de dicha normativa. Actualmente, está estudiando la respuesta de este país para comprobar si la normativa nacional sigue planteando problemas de compatibilidad con el derecho comunitario.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

39. Pregunta escrita núm. 3199/95 de Saara-Maria Paakkinen al Consejo (29 de noviembre de 1995). Asunto: Protección del consumidor en las transacciones inmobiliarias. Respuesta (29 de abril de 1996). (DOCE, C, núm. 183, de 24 de junio de 1996).

Pregunta: De conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, las limitaciones en materia de propiedades inmobiliarias por razones de nacionalidad se han suprimido, por regla general, en los Estados miembros. Esto ha permitido que los ciudadanos de la Unión hayan adquirido bienes inmuebles en otros Estados miembros, por ejemplo, para su uso durante las vacaciones, como residencia de invierno o, incluso, como vivienda tras la jubilación. La protección del consumidor en este tipo de transacciones adolece, sin embargo, de numerosas deficiencias. No existe una legislación comunitaria al respecto, de manera que a estas transacciones se les aplica la legislación del país donde se adquieran los bienes inmuebles; los ciudadanos de otros Estados miembros no conocen lo suficientemente bien esa legislación como para poder velar por sus intereses de forma eficaz. En la adquisición de

viviendas y otros bienes inmuebles se emplean grandes sumas de dinero, de manera que los perjuicios ocasionados por la falta de honradez y la negligencia del vendedor o del constructor pueden ser fatales en determinados casos. ¿Qué medidas piensa adoptar el Consejo para garantizar una protección eficaz del consumidor en las transacciones inmobiliarias efectuadas entre ciudadanos de los Estados miembros y para poner en práctica, también es este sector, un verdadero mercado interior?

Respuesta: Como bien sabe Su Señoría, en materia de protección del consumidor el Consejo adopta medidas a propuesta de la Comisión. El Consejo ha tomado nota de la intención de la Comisión, expresada en su comunicación sobre sus prioridades en materia de política del consumidor, y presentada durante la sesión del Consejo de 9 de noviembre de 1995, de realizar un seguimiento de las cuestiones relativas al crédito hipotecario. Sin embargo, es preciso señalar que la Comisión relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, adoptada conjuntamente por el Parlamento y el Consejo en 1994, pretende responder a una parte de las preocupaciones que menciona Su Señoría, en especial por lo que se refiere a los aspectos económicos.

40. Pregunta escrita núm. 3268/95 de Miguel Arias Cañete a la Comisión (29 de noviembre de 1995). Asunto: Normativa jurídica en materia de responsabilidad civil en el ámbito del medio ambiente. Respuesta de la Sra. Bjerregaard en nombre de la Comisión (17 de enero de 1996). (DOCE, C, núm. 112, de 17 de abril de 1996).

Pregunta: Del Libro Verde elaborado por la Comisión sobre la reparación del daño ecológico, se derivaba la necesidad de legislar a nivel comunitario estableciendo un marco común para la exigencia de responsabilidades civiles en el ámbito medioambiental. ¿Puede la Comisión informar acerca de cuál es el estado de avance de los trabajos para la elaboración de una Directiva marco sobre responsabilidad civil en el ámbito del medio ambiente?

Respuesta: El Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico dio lugar a una animada discusión a nivel comunitario. Por primera vez el Parlamento y la Comisión organizaron una sesión pública. La Comisión recibió más de cien comentarios por escrito enviados por muchas de las diferentes partes interesadas. En abril de 1994 el Parlamento aprobó una resolución con arreglo al apartado 2 de la letra b) del artículo 138 del Tratado CE por la que solicitaba de la Comisión la presentación de una propuesta de Directiva sobre la responsabilidad civil por (futuros) daños ambientales. La Comisión consultó con expertos de los Estados miembros y representantes de las partes interesadas como, por ejemplo, el sector de los seguros, el financiero, la industria y organizaciones ambientales. Los principales temas que se discutieron fueron el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad ambiental, la reparación del daño ambiental, reclamaciones en justicia por daños ambientales y seguridad económica para cubrir la responsabilidad. Además, durante 1994 la Comisión inició estudios sobre el funcionamiento en los Estados miembros de los sistemas de responsabilidad por daños ambientales y sobre las repercusiones económicas de los diferentes sistemas de responsabilidad. Se prevé que los resultados finales de esos estudios estén disponibles a principios de este año y serán cuidadosamente evaluados. Aunque este asunto tiene preferencia,

se puede deducir de lo expuesto que es demasiado pronto para determinar al calendario de una posible iniciativa legislativa.

41. Pregunta escrita núm. 3459/95 de Anita Pollack a la Comisión (18 de diciembre de 1995). Asunto: Responsabilidad por contaminación del medio ambiente. Respuesta del Sr. Fischler en nombre de la Comisión (19 de enero de 1996). (DOCE, C, núm. 112, de 17 de abril de 1996).

Pregunta: ¿Que planes tiene la Comisión para hacer frente a la contaminación del medio ambiente, en particular de las aguas subterráneas, en aquellas regiones en las que la Unión Europea es la responsable de la contaminación existente como consecuencia de la destrucción y del entierro, durante años, de grandes cantidades de frutas y legumbres retiradas del mercado?

Respuesta: Su Señoría se refiere a un problema del que no es responsable la Comisión. La organización común de mercados en el sector de las frutas y hortalizas no contempla la destrucción de estos productos y, por lo tanto, compete a los Estados miembros productores cumplir las disposiciones ambientales vigentes. Con motivo de la reforma de esta organización común de mercados, la Comisión propone diversas medidas para reducir progresivamente futuros excedentes de producción de frutas y hortalizas, en las que se tienen en cuenta preocupación ambientales sobre la destrucción de productos retirados del mercado, principalmente en lo tocante a la protección de la calidad del agua.

42. Pregunta escrita núm. 2827/95 de Lyndon Harrison a la Comisión (16 de octubre de 1995). Asunto: Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (17 de noviembre de 1995) (DOCE, C, núm. 40, de 12 de febrero de 1996).

Pregunta: ¿Es consciente la Comisión de que, al aplicar el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre la cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, el Gobierno del Reino Unido faculta al Director General de Prácticas Comerciales Leales, mediante mandato judicial, para pedir a las personas que introducen cláusulas abusivas se comprometan a suspender dicha práctica? ¿Es consciente la Comisión de que algunas autoridades locales británicas consideran que este lento método de aplicación de la ley debilita la legislación, y que habría sido más adecuado facultar directamente a los tribunales y autoridades locales para ello (cosa que se habría podido hacer de conformidad con la Ley de Prácticas Comerciales Leales de 1973)? Dado que la Oficina de Prácticas Comerciales Leales dispone de una limitada capacidad investigadora, ¿está de acuerdo la Comisión en que, al aplicar el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, el Reino Unido no interpreta correctamente ni la letra ni el espíritu de dicha Directiva? ¿Tiene intención la Comisión de emprender acciones encaminadas a modificar la ley británica con el fin de proporcionar una protección adecuada y efectiva a los consumidores?

Respuesta: La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores esta-

blece en su artículo 7 que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Estos medios incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y aplique los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. En virtud del artículo 189 del Tratado CE, una directiva deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Por consiguiente, los Estados miembros tienen libertad para aplicar lo dispuesto en una directiva dentro de los límites de su formulación. En los casos en que una medida nacional de ejecución no es conforme con la directiva de que se trate, la Comisión inicia un procedimiento de infracción contra el Estado miembro en cuestión. Por lo que se refiere a la aplicación en el Reino Unido de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos, cabe señalar que la Comisión está sometiendo a comprobación en la actualidad la aplicación de esta Directiva en los Estados miembros que ya han notificado sus medidas de ejecución. En este marco, la Comisión también analizará la aplicación que del artículo 7 se efectúa en el Reino Unido, teniendo en cuenta las consideraciones de Su Señoría.

POLÍTICA AUDIOVISUAL EUROPEA

43. Pregunta escrita núm. 218/95 de Jean-Pierre Raffarin al Consejo (22 de febrero de 1995). Asunto: Aplicación de la *excepción cultural a la política audiovisual europea*. Respuesta (6 de febrero de 1996). (DOCE, C, núm. 79, de 18 de marzo de 1996).

Pregunta: ¿Qué propuestas tiene intención de formular el Consejo para reforzar la estrategia de «la excepción cultural» desarrollada durante la negociación de los acuerdos del GATT, especialmente en lo relativo al ámbito audiovisual europeo?

Respuesta: 1. Los resultados de la Ronda Uruguay no incluyen disposiciones particulares en el ámbito de la cultura. No obstante, en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), la Comunidad Europea y sus Estados miembros no asumieron compromisos específicos respecto a los servicios audiovisuales. Por lo que respecta a la conducción de una política europea en el ámbito audiovisual, el Consejo «Sector audiovisual/Cultura» del 21 de junio de 1995 dio su conformidad a:

— la posición común sobre la Decisión relativa a la ejecución de un programa de formación para los profesionales de la industria europea de programas audiovisuales (MEDIA II-Formación);

— la Decisión relativa a la ejecución de un programa de estímulo al desarrollo y a la distribución de obras audiovisuales europeas (MEDIA II-Desarrollo y distribución).

2. La Decisión «Formación» tiene como objetivo proporcionar a los profesionales de la industria audiovisual las competencias necesarias para sacar el máximo partido de la dimensión europea del mercado y de la utilización de las nuevas tecnologías. Para la realización de estos objetivos, se prestará especial atención a las necesidades específicas de los países o regiones con escasa capacidad de producción o con un área lingüística y geográfica limitada.

3. La Decisión «Desarrollo y distribución» tiene por objetivo reforzar la industria audiovisual europea mediante el estímulo del desarrollo de obras audiovisuales europeas, y de la distribución de dichas obras, tanto dentro como fuera de la Comunidad. Tales objetivos deberán contribuir, entre otras cosas, al refuerzo de la competitividad de la industria audiovisual europea (mediante el apoyo al desarrollo de proyectos con un auténtico potencial de difusión) y al desarrollo de las potencialidades de los países y regiones con escasa capacidad de producción audiovisual y/o con un área geográfica y lingüística reducida.

4. Por último, la Comisión acaba de presentar el Consejo y al Parlamento una propuesta relativa a la creación de un Fondo Europeo de Garantía para el sector audiovisual.

PROPIEDADES ESPECIALES

44. Pregunta escrita núm. 3266/95 de Jesús Cabezón Alonso y Juan Colino Salamanca a la Comisión (6 diciembre de 1995). Asunto: *Denominaciones de origen españolas*. Respuesta del Sr. Fischler en nombre de la Comisión (22 de diciembre de 1995) (DOCE, C, núm. 79, de 18 de marzo de 1996).

Pregunta: ¿Es cierto que no se han dado a conocer en todos los Estados de la Unión Europea las zonas y productos españoles que gozan de denominación de origen, a pesar de que hace dos años que el Gobierno español envió los listados para su publicación y difusión? ¿Si esto es cierto, qué causas han originado esta situación? ¿Si son ciertos los hechos quién se ha hecho responsable de este problema?

Respuesta: El Reglamento (CEE) n.º 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios da la posibilidad a los Estados miembros de notificar a la Comisión las denominaciones protegidas o consagradas por el uso, ya existentes en su territorio, para su registro comunitario. El Reglamento recibió una respuesta muy importante por parte de los Estados miembros, que comunicaron 1.400 denominaciones a la Comisión en enero de 1994. No obstante, el procedimiento de registro previsto en el Reglamento impone el examen de la conformidad de cada denominación comunicada con las disposiciones de la normativa comunitaria. Este proceso de comprobación ha hecho necesario pedir una gran cantidad de información complementaria a los Estados miembros a partir del mes de septiembre de 1994 para evitar que se rechazara de oficio una parte enorme de las denominaciones notificadas, lo que habría sido muy perjudicial para los intereses de los productores europeos afectados. La información complementaria no comenzó a llegar a la Comisión hasta febrero de 1995. La Comisión no ha recibido aún parte de la informa-

ción solicitada. Una vez efectuada la revisión de la información complementaria recibida, la Comisión presentó, en septiembre, al Comité de reglamentación de indicaciones geográficas y denominaciones de origen un primer proyecto de Reglamento en el que se incluyen las denominaciones consideradas conformes a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n.º 2081/92. En el seno de dicho Comité, en el que todos los Estados miembros están representados, se han celebrado debates dos veces al mes. El Comité emitirá próximamente su dictamen.

45. Pregunta escrita núm. 2523/95 de Carles-Alfred Gasoliba i Böhm a la Comisión (15 de septiembre de 1995). Asunto: *Denominaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. Respuesta del Sr. Fischler en nombre de la Comisión (26 de octubre de 1995) (DOCE, C, núm. 51, de 21 de febrero de 1996).*

Pregunta: El Consejo aprobó los Reglamentos (CEE) n.º 2081/92 y 2082/92 relativos a las denominaciones geográficas y de origen de los productos agrícolas y alimenticios, así como el relativo a la certificación de características específicas de los productos alimenticios. La adopción de estos dos Reglamentos se consideró como una medida muy positiva en la vía de la promoción de una política de calidad en el sector alimentario. No obstante las medidas de aplicación para la puesta en práctica efectiva de las disposiciones de dichos reglamentos, nunca han sido implementadas ni por la Comisión ni por el Consejo. ¿Qué piensa hacer la Comisión para que estos Reglamentos que en su día despertaron grandes esperanzas entre los agentes del sector no se conviertan en letra muerta? ¿No cree la Comisión que el impulso de una Política Agroalimentaria de calidad es un requisito necesario en la actual coyuntura internacional de gran apertura de mercados, a fin de poder valorizar adecuadamente las producciones locales y regionales de calidad y elaboradas con métodos tradicionales y específicos?.

Respuesta: Tras la entrada en vigor del Reglamento (CEE) n.º 2081/92, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas alimenticios, los Estados miembros, incluidos Austria, Finlandia y Suecia, han notificado 1.400 denominaciones geográficas. La Comisión examinó si los expedientes eran conformes, y, a partir de julio de 1994, solicitó numerosa información complementaria a fin de obtener los datos necesarios para el registro, en particular en lo que respecta a la delimitación de la zona geográfica, la justificación del vínculo entre el producto y la zona y la descripción de los productos. A lo largo del año 1995 la Comisión ha ido recibiendo numerosa información. Se ha convocado varias veces al Comité Científico de Denominaciones de Origen, Indicaciones geográficas y Certificaciones específicas, para que examinara distintas cuestiones técnicas. En otoño de 1995, se ha presentado al Comité de reglamentación un primer proyecto de Reglamento de la Comisión que incluye una primera lista de denominaciones para su registro como denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida. Las decisiones del registro de las denominaciones comunicadas según el procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) n.º 2081/92 serán tomadas por la Comisión de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 15 de dicho Reglamento, es decir, después de la votación de los Estados miembros en dicho Comité.

RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS

46. Pregunta escrita núm. 2469/95 de Phillip Whitehead a la Comisión (1 de septiembre de 1995). Asunto: Directiva relativa a los daños causados por productos defectuosos. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (12 de octubre de 1995). (DOCE, C, núm. 51, de 21 de febrero de 1996).

Pregunta: El artículo 21 de la Directiva 85/374/CEE aprobada en julio de 1985 dispone que cada cinco años la Comisión presentará al Consejo un informe sobre la aplicación de esta Directiva y, si fuera necesario, le someterá propuestas apropiadas para modificarla. ¿Cuándo presentará la Comisión este informe? ¿Tiene intención la Comisión de presentar una propuesta para modificar la Directiva existente? ¿Puede confirmar la Comisión que el artículo 7 de la Directiva (relativo a la responsabilidad) no ha sido aplicado adecuadamente en el Reino Unido? En caso de aplicación inadecuada, ¿Cuándo se propone la Comisión iniciar acciones legales contra el Gobierno británico?

Respuesta: La Comisión está ultimando el informe que debe presentar conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Directiva. Tan pronto como la Comisión lo apruebe, dicho informe se presentará al Consejo y al Parlamento Europeo. Según lo dispuesto en el citado artículo 21, la Comisión tiene la obligación de presentar el informe y, si procede, formular propuestas con vistas a la modificación de la Directiva. En consecuencia, el informe estudiará asimismo la posible necesidad de legislación. La Comisión considera que el Reino Unido no ha aplicado correctamente lo establecido en la letra e) del artículo 7 de la Directiva, ni la denominada «defensa basada en los riesgos de desarrollo», por lo que ha elevado el caso al Tribunal de Justicia.

RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS

47. Pregunta escrita núm. 3220/95 de Armelle Guinebertière a la Comisión (1 de diciembre de 1995). Asunto: Armonización y reconocimiento de títulos de enseñanza en la Unión. Respuesta de la Sra. Cresson en nombre de la Comisión (16 de enero de 1996). (DOCE, C, núm. 79, de 18 de marzo de 1996).

Pregunta: El Gobierno valón de la Comunidad Francesa, en el marco de los decretos adoptados en agosto de 1995, se dispone a obligar a los estudiantes franceses con título de bachiller que se matriculen para la obtención de un título de enfermero hospitalario a volver a un centro de enseñanza secundaria. Este hecho no solamente pone en entredicho el derecho al acceso a la enseñanza superior en la Comunidad de los estudiantes en posesión de un título obtenido en otro Estado miembro, en este caso el bachillerato, sino que plantea asimismo el problema de la armonización de los títulos europeos de enseñanza. ¿Qué medidas tiene la intención de tomar la Comisión para hacer que se respete escrupulosamente el derecho comunitario en el ámbito de la equivalencia de títulos de enseñanza?

Respuesta: El reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios, con fines de continuación de los estudios, es competencia de los

Estados miembros y, dentro de los Estados miembros, de las regiones y de los centros de enseñanza que gozan de gran autonomía en este ámbito. Los Estados miembros son libres de requerir que un bachillerato incluya algunas asignaturas concretas para permitir el acceso a determinados programas de estudios. La Comunidad se limita, en virtud del artículo 126 del Tratado CE, a fomentar el reconocimiento académico por medio de asociaciones entre universidades (en especial a través de los programas interuniversitarios de cooperación ERASMUS-SOCRATES), así como mediante la promoción de un sistema de créditos académicos denominado Sistema de Transferencia de Créditos Académicos de la Comunidad Europea (ECTS), el fomento de la transparencia de los programas de estudios (guías sobre los sistemas nacionales y base de datos Ortelius sobre la enseñanza superior) y el mantenimiento de una red de centros nacionales de información sobre el reconocimiento (Naric). En su Libro Blanco sobre la educación y la formación - Enseñar y aprender: hacia la sociedad cognitiva, la Comisión propone la introducción de un sistema de reconocimiento de las competencias, con el fin de contribuir al reconocimiento de los conocimientos y aptitudes de cada individuo.

TELECOMUNICACIONES

48. Pregunta escrita núm. 3076/95 de Frederik Willockx a la Comisión (13 de noviembre de 1995). Asunto: Apertura de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones y reciprocidad. Respuesta de Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (15 de diciembre de 1995) (DOCE, C, núm. 91, de 27 de marzo de 1996).

Pregunta: El 11 de octubre de 1995, la Comisión de las Comunidades Europeas suprimió las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones (Directiva por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE). Con ello se abre la posibilidad de que, a partir del 1 de enero de 1996, también las redes por cable ofrezcan servicios como multimedias, televenta, transacciones en línea, etc. Sólo queda excluida la telefonía vocal. En su resolución sobre esta propuesta de modificación (Informe A4-129/95), el Parlamento Europeo se ha opuesto a la liberalización unilateral del sector de las telecomunicaciones únicamente. El PE ha solicitado la reciprocidad, a fin de que también las redes de telecomunicaciones pudieran utilizarse para el envío de material audiovisual. La Comisión no ha accedido a esta solicitud. ¿No opina la Comisión que precisamente por la supresión de esta reciprocidad ha provocado una distorsión de la competencia en el sector? ¿Puede comunicar la Comisión por qué motivos no ha incluido este elemento en la directiva modificada y si tiene previsto resolver esta problemática a muy corto plazo?

Respuesta: El 18 de octubre de 1995, la Comisión aprobó una Directiva por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, en relación con la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de telecomunicaciones. Dicha Directiva suprime las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones, excepto los de telefonía vocal. Durante el proceso de consulta sobre la Directiva, el Parlamento propuso en dos resoluciones, adoptadas el 15 y el 19 de junio de 1995, que se ampliase el ámbito de aplicación,

a fin de suprimir paralelamente, a partir del 1 de enero de 1998, todas las restricciones que se imponen en la actualidad a los organismos de telecomunicaciones para la prestación de servicios de radiodifusión a través de las redes de telecomunicaciones. Esta propuesta, que fue respaldada también por otros interesados, se basa en la idea de una liberalización simétrica, con arreglo a la cual, una vez que se autorice a los operadores de televisión por cable a entrar en el mercado de telecomunicaciones, se debería permitir a los operadores de telecomunicaciones entrar en el mercado de la televisión. Finalmente, resultó imposible incluir una disposición que introdujera esta simetría en la Directiva, que se refiere a medidas estatales por las que se conceden derechos exclusivos y especiales en el sector de las telecomunicaciones. Para exigir a los Estados miembros en una directiva basada en el apartado 3 del artículo 90 que supriman los derechos exclusivos o especiales concedidos a las empresas de televisión por cable, la Comisión tendría que demostrar la incompatibilidad de tales derechos con las disposiciones del Tratado CE, en particular con las que regulan, en su caso, la libertad de prestar los correspondientes servicios dentro de la Comunidad. En estas circunstancias, se debería ofrecer a los Estados miembros la oportunidad de presentar las posibles justificaciones para aplicar medidas excepcionales y la Comisión tendría que comprobar si son proporcionales a los objetivos perseguidos. Con independencia de sus resultados, este tipo de evaluación jurídica no podía llevarse a cabo en el plazo fijado para la adopción de la directiva sobre la televisión por cable. Por consiguiente, corresponde aún a los estados miembros decidir si autorizan a los operadores de telecomunicaciones a prestar servicios de televisión a través de sus redes. Con todo, la Comisión coincide con el Parlamento en que debería buscarse una solución a escala comunitaria.

49. Pregunta escrita núm. 3116/95 de Joaquín Sisó Cruellas a la Comisión (20 de noviembre de 1995). Asunto: Directiva «Televisión sin fronteras». Respuesta del Sr. Oreja en nombre de la Comisión (17 de enero de 1996) (DOCE, C, núm. 91, de 27 de marzo de 1996).

Pregunta: Un estudio de la Asociación de usuarios de la Comunicación (AUC), realizado por encargo de la Unión Europea, ha puesto de manifiesto que todas las cadenas españolas, sin excepción, incumplen algún apartado de la Directiva europea sobre Televisión sin fronteras (89/552/CEE), en vigor en España hace tres meses. Para realizar este estudio, se ha llevado a cabo un seguimiento de las programaciones durante los tres últimos meses, con muestreos sucesivos, de las cadenas españolas generalistas de ámbito nacional, esto es, TVE-1, La 2, Antena 3 y Tele 5. Los resultados son los siguientes:

— La difusión de publicidad encubierta es el punto de la ley que más incumplen todas las cadenas. Asimismo, todas las cadenas, sin excepción, incluyen publicidad indirecta en sus programaciones.

— La directiva señala de forma expresa que no podrán patrocinarse telediarios ni espacios de actualidad política. Tanto Antena 3 como Tele 5 incluyen patrocinios en sus informativos.

— También existen incumplimientos en lo que se refiere a la cuota máxima de telementa, establecida en la ley en un 5% del tiempo diario de emisión o una hora por día.

— Salvo algunas excepciones, las cadenas están cumpliendo la norma legal relativa a la duración de las interrupciones publicitarias. Con todo, según el estudio, el modo de introducir los bloques publicitarios entre programas utilizado por Tele 5 incumple la normativa televisiva.

Teniendo en cuenta esta situación, ¿tiene previsto la Comisión tomar medidas par que las cadenas españolas cumplan el contenido de la Directiva sobre Televisión sin fronteras?

Respuesta: España ha incorporado correctamente a su legislación el Capítulo V (publicidad y patrocinio) de la Directiva 89/552/CEE mediante los artículos 9, 12, 13, 14, 15, y 16 de la Ley n.º 25 de 12 de julio de 1994. Incumbe a España aplicar a los organismos de radiodifusión las disposiciones incorporadas a su orden jurídico interno a través de las medidas que haya adoptado o adopte a tal fin.

Al igual que Su Señoría, la Comisión considera sumamente importante que tales normas publicitarias sean respetadas por todos los organismos de radiodifusión que dependan de los Estados miembros. Así, la Comisión ya ha solicitado información a las autoridades españolas sobre este particular, recordándoles al mismo tiempo que el período transitorio establecido en el artículo 13 de la Ley española ya ha finalizado y que los organismos de radiodifusión que de ellas dependen deben cumplir todas las disposiciones en materia de interrupciones publicitarias que se establecen en el artículo 11 de la Directiva 89/552/CEE. Las autoridades españolas todavía no han remitido su respuesta a la Comisión, por lo que ésta tiene previsto apremiar a tales autoridades para que se la hagan llegar en breve plazo y para que le ofrezcan garantías sobre la correcta aplicación de los artículos 10 (publicidad encubierta) y 17 (patrocinio).

SOCIEDADES

50. Pregunta escrita núm. 2449/95 de Monica Baldi al Consejo (1 de septiembre de 1995) Asunto: Propuesta de Décima Directiva del Consejo sobre el *derecho de sociedades*. Respuesta (20 de diciembre de 1995) (DOCE, C, núm. 56, de 26 de febrero de 1996).

Pregunta: Una de las condiciones fundamentales para la realización de un mercado interior y homogéneo es la de poner a disposición de las empresas una normativa comunitaria que les permita adaptar con facilidad su propio ordenamiento jurídico a las dimensiones de la Comunidad. En este contexto asume una gran importancia la normativa que regula las operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros. A este respecto ya se abordaron y solucionaron los problemas de carácter fiscal y los relacionados con la falta de normas equivalentes en cuanto a la representación de los trabajadores en los órganos de las sociedades anónimas (Directiva 90/434/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990). A pesar de que el procedimiento de fusión entre sociedades pertenecientes a un mismo Estado ya fue objeto de armonización mediante la Tercera directiva del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (78/855/CEE de 9 de octubre de 1978), no siempre puede recurrirse a las disposiciones de dicha directiva para resolver los peculiares problemas relacionados con la operación de fusión intracomunitaria. ¿Puede

el Consejo indicar por qué no se ha aprobado todavía la propuesta de Décima directiva del Consejo basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas?

Respuesta: Mediante carta de 14 de enero de 1985, la Comisión presentó al Consejo una propuesta de Décima Directiva sobre el derecho de sociedades, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas. Mediante carta de 31 de enero de 1985, el Consejo procedió a consultar al Parlamento Europeo sobre esa propuesta de directiva. No obstante, el Parlamento Europeo todavía no se ha pronunciado. Así pues, el Consejo no ha podido estudiar la propuesta.

III. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE

APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

51. STJCE de 10 de enero de 1996, As. C-273/94, *Comisión de las Comunidades europeas contra Reino de los Países Bajos. Aproximación de las legislaciones*. Art. 8 de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas; incumplimiento por parte del Reino de los Países Bajos del deber de notificación al adoptar un reglamento que establece excepciones en relación con la margarina.

52. STJCE de 29 de febrero de 1996, As. C-239/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. Aproximación de las legislaciones. Plazo de adaptación*. Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación; no adaptación del Derecho interno en plazo.

53. STJCE de 14 de marzo de 1996, As. C-238/95, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República italiana. Aproximación de las legislaciones. Medio ambiente*. Directiva 93/67/CEE de la Comisión, de 20 de julio de 1993, por la se fijan los principios de evaluación del riesgo para el ser humano y el medio ambiente de las sustancias notificadas de acuerdo con la Directiva 67/548/CEE del Consejo. *Incumplimiento* por parte de la República italiana.

54. STJCE de 21 de marzo de 1996, As. C-297/94, *Dominique Bruyère contra Etat belge. Cuestión prejudicial. Aproximación de legislaciones. Interpretación del artículo 4 de la Directiva 81/851/CEE del Consejo, de 28 de septiembre de 1981, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre medicamentos veterinarios, en su versión inicial y tal como fue modificado por la Directiva 90/676/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1990. Importación en un Estado miembro de medicamentos contemplados en la citada Directiva sin autorización de la autoridad competente de dicho Estado: no.*

55. STJCE de 28 de marzo de 1996, As. C-129/94, *Rafael Ruiz Bernáldez*. Cuestión prejudicial. Aproximación de legislaciones. Interpretación del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el *seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles*, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. Incorporación en el contrato de seguro obligatorio de una cláusula de no obligación de indemnización para determinados supuestos (embriaguez): no. Cláusula de acción de repetición del asegurador contra el asegurado: sí.

AYUDAS DE ESTADO

56. STJCE de 29 de febrero de 1996, As. C-122/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*. Ayudas de Estado. Concesión de ayudas complementarias a la destilación de determinados vinos en Francia e Italia, en virtud de los arts. 38 y 39 del Reglamento (CEE) n.º 822/87 del Consejo, de 16 de marzo de 1987. Ayudas compatibles con el Mercado Común: las *circunstancias excepcionales* permiten con carácter excepcional considerar las ayudas compatibles, en la medida y para el período estrictamente necesarios, por cuanto no provocan una perturbación efectiva y duradera del funcionamiento de la organización común del mercado vitivinícola.

57. STJCE de 29 de febrero de 1996, As. C-56/93, *Reino de Bélgica contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Sistema de tarifas preferencial para los *suministros de gas natural*, aplicado en favor de los productores holandeses de abonos nitrogenados por empresa privada en la que el Estado holandés poseía el 50%, en detrimento de los productores de los demás Estados miembros; no constituye una medida de ayuda, sino que está justificada por razones comerciales.

COMPETENCIA

58. STJCE de 9 de enero de 1996, As. T-575/93, *Casper Koelman contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Denuncia de acuerdos tipo entre los derechohabientes de *programas de producción* (sociedades de derechos de autor de los Estados miembros) y las *sociedades de teledistribución* o de radiodifusión por cable, relativos al derecho a dar o denegar el consentimiento a la retransmisión, y a percibir una retribución en caso de retransmisión, como generadores de monopolios de hecho. Desestimación de la demanda.

59. STJCE de 15 de febrero de 1996, As. C-226/94, *Grand garage albi-geois SA y otros contra Garage Massol SARL*. Cuestión prejudicial. Competencia. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuer-

dos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles. Revendedor independiente. Compatibilidad de su actividad con las disposiciones del Reglamento citado.

60. STJCE de 15 de febrero de 1996, As. C-309/94, *Nissan France SA y otros contra Jean-Luc Dupasquier du Garage Sport Auto y otros*. Cuestión prejudicial. Competencia. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles. Importador paralelo. Revendedor independiente. Ejercicio simultáneo de intermediación sin mandato y de reventa no autorizada de vehículos procedentes de importaciones paralelas. Compatibilidad con el Reglamento citado: sí.

CONVENIO SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL

61. STJCE de 14 de marzo de 1996, As. C-275/94, *Roger van der Linden contra Berufsgenossenschaft der Feinmechanik und Elektrotechnik*. Cuestión prejudicial. Competencia judicial y ejecución de decisiones. Interpretación del art. 47.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Documentación adjunta a la solicitud de ejecución. Los documentos mencionados por el precepto deben adjuntarse a la solicitud de ejecución; sin embargo, las normas procesales nacionales a las que remite el art. 33.1 para las modalidades de tiempo y forma de presentación de la solicitud pueden prever la subsanación de defectos de procedimiento, aportando la prueba de la notificación en una fase posterior a la presentación de la solicitud. La parte contra la que se dirige la solicitud de ejecución debe disponer en todo caso de un plazo razonable para cumplir voluntariamente la resolución, antes de que se pueda solicitar el exequátur.

DERECHO DE SOCIEDADES

62. STJCE de 12 de marzo de 1996, As. C-441/93, *Panagis Pafitis y otros Trapeza Kentrikis Ellados AE y otros*. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Efecto directo de los arts. 25.1 y 29.3 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, con el fin de proteger los intereses de los socios y de terceros en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificación de su capital. La Directiva se aplica a las sociedades anónimas bancarias. La Directiva no se opone a la adopción de medidas nacionales de saneamiento de las entidades de crédito, pero sí a que dichas medidas priven a los órganos de la entidad de las competencias que les reconoce, en su condición de órganos de una sociedad anónima, el art. 25 de la directiva. La Directiva no se opone a la adopción de medidas de ejecución forzosa que tengan por objeto la desaparición de la sociedad, ni tampoco al inicio de

procedimientos de liquidación que coloquen a la sociedad bajo un régimen de administración forzosa con el fin de garantizar los derechos de los acreedores.

63. STJCE de 26 de marzo de 1996, As. C-392/93, *The Queen contra H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc*. Cuestiones prejudiciales. Derecho de sociedades. Interpretación del apartado 1 del art. 8 de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de *contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*. Adaptación del Derecho interno. Servicios de telecomunicaciones excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva: imposibilidad de determinación por parte de un Estado miembro. Necesidad de verificación del requisito de que «otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones substancialmente idénticas». Indemnización: no.

64. STJCE de 25 de abril de 1996, As. C-87/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica*. Derecho de sociedades. Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. *Contrato público*. Incumplimiento de Estado. Modificaciones en las ofertas posteriores a su apertura. Aceptación de oferta discrepante con el criterio de adjudicación. Recurso: estimación.

DERECHO INSTITUCIONAL

65. STJCE de 7 de diciembre de 1995, As. C-41/95, *Consejo de la Unión Europea contra Parlamento Europeo*. Derecho institucional. *Ilegalidad del acto de aprobación definitiva del Presupuestos General de la Unión Europea para 1995* por infracción del art. 203.4.2, y arts. 5 y 6 del Tratado CEE por el Parlamento, al resolver por vía de «enmiendas» sobre líneas del proyecto de presupuesto gastos que sólo pueden ser objeto de «propuestas de modificación»; y por violación del deber de cooperación leal entre Instituciones, al proceder de manera unilateral y arbitraria a una reclasificación de gastos. La falta de acuerdo de las Instituciones interesadas en cuanto a ciertos aspectos del proyecto de presupuesto supone que el procedimiento presupuestario no ha terminado: el acto de aprobación adolece de ilegalidad.

66. STJCE de 16 de enero de 1996, As. C-139/91 REV II, *Instituto Social de Apoio ao Emprego e à Valorização Profissional contra Comisión de las Comunidades europeas*. Derecho institucional. Demanda de revisión de *Auto dictado por el Tribunal de Justicia en 1992*. Presupuestos de la revisión: descubrimiento de hechos anteriores al pronunciamiento de las sentencia, desconocidos hasta entonces y que, de haber podido ser tomados en consideración, habrían podido dar lugar a un solución distinta. No puede calificarse de «hecho nuevo» un dictamen jurídico posterior al Auto cuya revisión se solicita.

67. STPICE de 16 de enero de 1996, As. T-108/94, *Elena Candiotte contra Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Legalidad del proceso de selección en un concurso de artistas. Presunta infracción de las bases del concurso, por delegación por parte del comité de selección creado por el Consejo en cada grupo de trabajo nacional de la preselección de los artistas establecidos en su territorio; no se aprecia. Desestimación del recurso.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

68. STJCE de 7 de diciembre de 1995, As. C-17/94, *Denis Gervais y otros*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Interpretación de los arts. 37, 52 y 59 del Tratado CE, y Directivas del Consejo 77/504/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, y 87/328/CEE. Las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios no se aplican a situaciones meramente internas. Es posible una legislación nacional que conceda el derecho exclusivo de realizar *inseminación artificial bovina* a determinados centros de inseminación o a personas a quienes se expiden permisos de inseminación, sean o no titulares de un diploma de veterinario. El art. 37 del Tratado CEE no se refiere a un monopolio de prestación de servicios, a menos que vulnere el principio de libre circulación de mercancías generando una discriminación entre productos importados y productos de origen nacional, en beneficio de estos últimos.

69. STJCE de 7 de diciembre de 1995, As. C-45/94, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta contra Ayuntamiento de Ceuta*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Interpretación del art. 25 del Acta de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, y de las adaptaciones de los Tratados y del Protocolo n.º 2 de ésta, en relación con los arts. 9, 12 y 95 del Tratado CE, o con el art. 4.a) del Tratado CECA. n.º texto que aluda a los derechos de aduanas sin mencionar expresamente las *exacciones de efecto equivalente* puede interpretarse, según su finalidad, en el sentido de que también contempla a éstas últimas. Toda carga pecuniaria impuesta unilateralmente, cualquiera que sea su denominación y su técnica, que grave las mercancías nacionales o extranjeras debido a su paso por la frontera, constituye una exacción de efecto equivalente, salvo si forma parte de un régimen general de gravámenes internos que abarquen sistemáticamente categorías de productos según criterios independientes del de su origen.

70. STJCE de 18 de enero de 1996, As. C-446/93, *Sociedade de Exploração e Importação de Materiais Lda contra Subdirector-Geral das Alfândegas*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Liquidación de derechos de aduanas y condonación de derechos de importación. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1430/79 del Consejo, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 3069/86, del Reglamento (CEE) n.º 1574/80 de la Comisión y del Reglamento (CEE) n.º 3799/86 de la Comisión, así como sobre la validez de la letra c) del apartado 2 del art. 4 del Reglamento n.º 3799/86. La decisión relativa a una solicitud de condona-

ción se refiere directamente a la obligación de una persona física o jurídica de pagar el importe de los derechos de importación aplicables a las mercancías sujetas a tales derechos. La condonación consiste en la no percepción de todo o parte de los derechos de importación contraídos por las autoridades encargadas de su recaudación, y que aún no hayan sido pagados; la condonación por los motivos indicados en el Reglamento n.º 3069/86 está subordinada a la mera presentación de la solicitud en la oficina de aduana pertinente en el plazo de doce meses desde la fecha del establecimiento de dichos derechos por la autoridad encargada del cobro. De conformidad con el art. 4.2.c) del Reglamento n.º 3799/86, la utilización de certificados erróneos en cuanto a la indicación del lugar de origen de las mercancías, que es también el de gravamen, no justifica la condonación.

71. STJCE de 8 de febrero de 1996, As. C-166/94, *Pezullo Molini Pastifici Mangimifici SpA contra Ministero delle Finanze*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. *Devengo de intereses de demora de la exacción reguladora agrícola*, o del Impuesto sobre el volumen de negocios. Directiva 69/73/CEE del Consejo, de 4 de marzo de 1969, referente a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al régimen de perfeccionamiento activo: no se oponía a que un Estado miembro dispusiera el devengo de intereses de demora de la exacción reguladora agrícola adeudada, en caso de despacho a consumo en la Comunidad de mercancías sometidas al régimen de perfeccionamiento activo. Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, referente a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios: se opone a que un Estado miembro imponga la percepción de intereses de demora sobre el IVA adeudado en caso de despacho a consumo en la Comunidad de mercancías sometidas al régimen de perfeccionamiento activo.

72. STJCE de 13 de febrero de 1996, As. C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV contra Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Interpretación y validez del Reglamento (CEE) n.º 482/74 de la Comisión, de 27 de febrero de 1974, relativo a la *clasificación de mercancías* en la subpartida 23.04 B del Arancel Aduanero Común. Inadaptación al Reglamento n.º 2658/87 del Consejo. Inaplicación a las declaraciones relativas a importaciones posteriores al 1 de enero de 1988.

73. STJCE de 29 de febrero de 1996, As. C-300/94, *Tirma, SA contra Administración general del Estado*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Exención de derechos de aduana. Art. 5 del Reglamento (CEE) n.º 3033/80 del Consejo, de 11 de noviembre de 1980, por el que se determina el régimen de intercambios aplicable a determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas. *Pago del elemento móvil de los derechos de aduana*: la exención de derechos de aduana prevista en los arts. 1 y 2 del Protocolo n.º 2 del Acta de adhesión del Reino de España y la República Portuguesa no se aplica al elemento móvil de la imposición previsto en el art. 5 del Reglamento 3033/80.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

74. STJCE de 1 de febrero de 1996, As. C-308/94, *Office national de l'emploi contra Heidemarie Naruschawicus*. Cuestión prejudicial. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión modificada y puesta al día por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Funcionario al servicio de un Estado miembro, que ejerce su actividad en el territorio de otro Estado miembro y al cual, en el momento de la resolución del contrato, el primer Estado considera retroactivamente y por medio de una ficción que ha ejercido su actividad en calidad de trabajador por cuenta ajena y no de funcionario, con el fin de beneficiarse de las prestaciones por desempleo y de la legislación sobre seguro de enfermedad e invalidez. Legislación aplicable: determinación con base en la letra d) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento citado. Trabajador por cuenta ajena, no fronterizo y residente en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente. Interpretación del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento n.º 1408/71. Obtención de prestaciones por desempleo a cargo del Estado competente: sí (con condiciones).

75. STJCE de 1 de febrero de 1996, As. C-164/94, *Georgios Aranitis contra Land Berlin*. Cuestión prejudicial. Letra c) del artículo 1, en relación con la letra d) del mismo artículo de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Subordinación indirecta a las normas nacionales. Ausencia de regulación de una profesión en un Estado miembro. Profesión no regulada.

76. STJCE de 15 de febrero de 1996, As. C-53/95, *Inasti (Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants) contra Hans Kemmler*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del artículo 52 del Tratado CEE. Cotización al régimen de la Seguridad Social de un Estado miembro de los trabajadores autónomos de las personas que ejerzan ya una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, donde están domiciliadas y afiliadas al régimen de Seguridad Social, cuando dicha obligación no supone ninguna protección suplementaria. Incompatibilidad con el art. 52 del Tratado.

77. STJCE de 20 de febrero de 1996, As. C-307/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República italiana*. Libre circulación de personas. Plazo de adaptación a la normativa comunitaria. Incumplimiento de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas. Subordinación de la expedición de diplomas en farmacia a ciertos requisitos mínimos de formación y prácticas; la legislación nacional que prevé la adaptación de los planes de las Facultades de Farmacia otorga un plazo superior al concedido por la Directiva.

78. STJCE de 29 de febrero de 1996, As. C-193/94, *Sofía Skanavi y Konstantin Chryssanthakopoulos*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del art. 52 del Tratado CEE: no se opone a que un Estado exija que el titular de un *permiso de conducción expedido en otro Estado* canjee dicho permiso por otro del Estado miembro de acogida, en el plazo de un año desde la fijación de la residencia habitual, a fin de continuar disfrutando en él del derecho de conducir un vehículo de motor; sí se opone a que la falta de canje en el plazo señalado sea equiparada a la conducción sin permiso, y sancionada con la privación de libertad.

79. STJCE de 7 de marzo de 1996, As. C-334/94, *Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Francesa*. Libre circulación de personas. Artículos 6, 48, 52, 58 y 221 del Tratado CE. Artículo 7 del Reglamento (CEE) n.º 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. Artículo 7 de la Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al *derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro* después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia. Matriculación de buques. Derecho a enarbolar pabellón francés. Normativa nacional incompatible con la normativa comunitaria. Incumplimiento de Estado: sí. No adopción de las medidas apropiadas para cumplir la sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359): incumplimiento del artículo 171 del Tratado CE.

80. STJCE de 14 de marzo de 1996, As. C-315/94, *Peter de Vos contra Stadt Bielefeld*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Art. 7.1 y 7.2 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. La continuación en el pago de las cotizaciones al *seguro complementario de vejez* o supervivencia previstas por un Estado para sus nacionales que cumplen obligaciones militares para con él, tiene como finalidad la de compensar en parte las consecuencias que resultan de la obligación de prestar el servicio militar, por lo que no tiene derecho a ella el trabajador nacional de otro Estado miembro.

81. STJCE de 21 de marzo de 1996, As. T-230/94, *Frederick Farrugia contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Libre circulación de personas. Recurso de anulación: admisión. Decisión de la Comisión por la que se deniega al demandante la concesión de una *beca de investigación*. Criterios de (in)aptitud: doble nacionalidad británica y helénica. Motivación errónea: anulación de la decisión de la Comisión. Indemnización: no.

82. STJCE de 26 de marzo de 1996, As. C-238/94, *José García y otros contra Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine y otros*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992,

sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al *seguro directo distinto del seguro de vida* y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida). Regímenes de la Seguridad Social: exclusión del ámbito de la Directiva.

83. STJCE de 28 de marzo de 1996, As. C-272/94, *Michel Guiot y Climatec SA*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación de los artículos 59 y 60 del Tratado CE. Empresa establecida en un Estado miembro. Ejecución de obras en otro Estado miembro. Cotizaciones patronales en concepto de timbres de fidelidad y de timbres de mal tiempo en relación con trabajadores destinados a la realización de tales obras en el país de ejecución: no.

84. STJCE de 28 de marzo de 1996, As. C-243/94, *Alejandro Rincón Moreno contra Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Artículo 74 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión modificada y puesta al día por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, modificado por el Reglamento (CEE) n.º 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989. *Trabajadores desempleados* registrados ante la autoridad nacional competente cuyo derecho se suspenda al tomarse en consideración una indemnización que les haya sido abonada por el empresario por haberse puesto fin a la relación laboral sin respetarse el plazo de preaviso o debido a la aplicación de un período de espera al derecho a las prestaciones en metálico por desempleo, cuando, durante dicho período de espera, estén cubiertos, al amparo de la legislación del Estado competente, frente a riesgos de enfermedad y accidente. Inclusión en la expresión «trabajador en desempleo que disfruta de las prestaciones por desempleo al amparo de la legislación de un Estado miembro»: sí.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

85. STJCE de 8 de febrero de 1996, As. C-149/94, *Didier Vergy*. Cuestión prejudicial. Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Los Estados miembros tiene la obligación de prohibir con carácter general la comercialización de las especies de *aves que viven en estado salvaje en el territorio europeo* de los Estados miembros, y de garantizar su protección, aunque se trate de especies que no tienen su hábitat natural en el Estado miembro de que se trate. La Directiva no se aplica a los especímenes de aves nacidos o criados en cautividad. La Directiva es incompatible con cualquier legislación que nacional que determine la protección de las aves silvestres en concepto de patrimonio nacional.

86. STJCE de 8 de febrero de 1996, As. C-202/94, *Godefrius van der Feesten*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. Directiva 79/409/CEE del Consejo, de abril de 1979, relativa a la *conservación de las aves silvestres*. La Directiva está orientada a la protección de la avifauna europea, elaborada en torno al concepto de especie. Si una subespecie vive normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los estados miembros, la especie a la que pertenece debe ser considerada como una especie europea, y por lo tanto todas las subespecies de la especie de que se trata están amparadas por la Directiva, incluso aquéllas que no sean europeas.

87. STJCE de 15 de febrero de 1996, As. C-209/94 P, *Buralux SA, Satrod SA y Ourry SA contra Consejo de la Unión Europea*. Medio ambiente y consumidores. Traslado de residuos. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 17 de mayo de 1994: anulación del inciso i) de la letra a) del apartado 3 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993 (no), y declaración de *responsabilidad extracontractual de la Comunidad* e indemnización (no). Recurso de casación: desestimación.

88. STJCE de 7 de marzo de 1996, As. C-118/94, *Associazione Italiana per il World Wildlife Fund y otros contra Regione Veneto*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. Interpretación del artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la *conservación de aves silvestres*. Prohibición de cazar determinadas especies protegidas. Posibilidad de introducción de excepciones por parte de los Estados miembros: sí (con condiciones).

89. STJCE de 7 de marzo de 1996, As. C-192/94, *El Corte Inglés, S.A. contra Cristina Blázquez Rivero*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. Interpretación de los artículos 129 A del Tratado CE y 11 de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, 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*. Ausencia de medidas de adaptación de la legislación interna. Efecto directo de la Directiva: no.

90. STJCE de 28 de marzo de 1996, As. C-160/95, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helena*. Medio ambiente y consumidores. Artículo 2 de la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE relativa a los *residuos*. Incumplimiento de Estado. Inadaptación a la Directiva: no adopción dentro de plazo de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas. Recurso: estimación.

91. STJCE de 28 de marzo de 1996, As. C-161/95, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helena*. Medio ambiente y consumidores. Artículo 19 de la Directiva 91/271 del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las *aguas residuales urbanas*. Incumplimiento de Estado. Inadaptación a la Directiva: no adopción dentro de plazo de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas. Recurso: estimación.

92. STJCE de 25 de abril de 1996, As. C-274/93, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*. Medio ambiente y consumidores. Directiva 86/609/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto de la *protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos*. Incumplimiento de Estado. Inadaptación de la legislación interna luxemburguesa. Inadmisión del recurso: ausencia del procedimiento administrativo previo.

POLÍTICA SOCIAL

93. STJCE de 7 de diciembre de 1995, As. C-449/93, *Rockfon A7S contra Specialarbejderforbundet i Danmark*. Cuestión prejudicial. Política social. Servicios de contratación y despido. Art. 1.1.a) de la directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre *despidos colectivos*: no se opondrá a que dos o más empresas que forman parte de un grupo y mantienen relaciones de dependencia creen un departamento común de contrataciones o despidos, de manera que los despidos en una de ellas no puedan efectuarse sin la aquiescencia de dicho departamento.

94. STJCE de 7 de diciembre de 1995, As. C-472/93, *Luigi Spano y otros contra Fiat Geotech Spa y otros*. Cuestión prejudicial. Política social. Transmisión de empresa en situación de crisis y mantenimiento de las relaciones laborales. Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los *derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas*, centros de actividad o partes de centros de actividad. Para apreciar si la transmisión de empresa que es objeto de un procedimiento administrativo o judicial está comprendido dentro del ámbito de la Directiva debe examinarse el objetivo que persigue el procedimiento; no se aplica si la finalidad es la liquidación de los bienes del cedente; se aplica cuando el objetivo es la prosecución de la actividad de la empresa.

95. STJCE de 1 de febrero de 1996, As. C-280/94, *Y.M. Posthuma-van Damme y otros contra Bestur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Amabachten en Huisvrouwen y otros*. Cuestión prejudicial. Política social. Interpretación del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de *igualdad de trato entre hombres y mujeres* en materia de Seguridad Social. Interpretación de la sentencia de 24 de febrero de 1994, Roks y otros, C-343/92. Normativa nacional supeditando el derecho a una prestación por incapacidad laboral al requisito de haber percibido determinados ingresos procedentes de una actividad profesional o en relación con ésta en el año inmediatamente anterior al comienzo de la incapacidad. Oposición a la normativa comunitaria: no.

96. STJCE de 6 de febrero de 1996, As. C-457/93, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation eV contra Johanna Lewark*. Cuestión prejudicial. Art. 119 Tratado CEE, y Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren al principio de *igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*. Concepto de «retribución»: cualquier ventaja en dinero o en especie, actual o futura, que sea satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de éste último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo, o de disposiciones legislativas, o de que tenga carácter voluntario. Discriminación indirecta: la constituye la falta de compensación de las horas dedicadas fuera de su horario individual de trabajo por una trabajadora a tiempo parcial a participar en un curso de formación necesario para el ejercicio de su actividad en el comité de empresa, organizado durante la jornada laboral completa vigente en la empresa, cuando sí se compensa a los miembros del comité de empresa que trabajan en jornada completa, hasta el límite correspondiente a su horario laboral.

97. STJCE de 8 de febrero de 1996, As. C-8/94, *C.B. Laperr contra Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland*. Cuestión prejudicial. Política social. Art. 1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de *igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social*: se opone a la aplicación de medidas nacionales que, aun cuando formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

98. STJCE de 1 de febrero de 1996, As. C-177/94, *Gianfranco Perfili*. Cuestión prejudicial. Principios de Derecho Comunitario. Interpretación del artículo 6, considerado en relación con los artículos 52 y 59 del Tratado CE, que establece el principio de *no discriminación por razón de nacionalidad*. Normativa de un Estado miembro que obliga a la víctima de un delito, que quisiera personarse como actor civil en el marco de un proceso penal, a otorgar a su representante un poder especial, aun cuando el Derecho del Estado miembro cuya nacionalidad tiene la víctima no prevea tal formalidad. Oposición a la normativa comunitaria: no.

99. STJCE de 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*. Cuestión prejudicial. Principios de Derecho comunitario. Principio de *responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables al legislador nacional*. Condiciones de imputabilidad: norma comunitaria violada atributiva de derechos; violación suficientemente caracterizada; relación de causalidad. Determinación de la cuantía de la reparación.

RELACIONES EXTERIORES

100. STJCE de 7 de marzo de 1996, As. C-360/93, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Política comercial común. Solicitud de anulación de las Decisión 93/323/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de memorándum de acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos de América sobre contratación pública; y de la Decisión 93/324/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a la ampliación del beneficio de las disposiciones de la Directiva 90/531/CEE a los Estados Unidos de América. Violación del Tratado y vicios de forma. Recurso: anulación de las decisiones; mantenimiento de los efectos producidos.

TRANSPORTES

101. STJCE de 21 de marzo de 1996, As. C-335/94, *Hans Walter Mrozek y Bernhard Jäger*. Cuestión prejudicial. Transportes. Interpretación del número 6 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 3820/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los *transportes por carretera*. Concepto de «vehículos destinados a los servicios de retirada de basuras».

102. STJCE de 21 de marzo de 1996, As. C-39/95, *Pierre Goupil*. Cuestión prejudicial. Transportes. Interpretación del número 6 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 3820/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los *transportes por carretera*. Concepto de «vehículos destinados a los servicios de retirada de basuras».

INFORMACIÓN LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Derecho Civil. 1. Parte general. 2. Derecho de Obligaciones. 3. Derechos Reales. 4. Derecho de Familia. 5. Derecho de Sucesiones. II. Derecho Registral. III. Derecho Mercantil. IV. Derecho Procesal. V. Otras Disposiciones.

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. CAMARAS AGRARIAS. Se establece su régimen en Aragón.
Ley de las Cortes de Aragón 2/1996, de 14 de mayo. («B.O.E.» del 7 de junio).

A) Exposición:

La norma objeto de presentación ha sido promulgada en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Aragón por el artículo 35.1.8 de su Estatuto de Autonomía, y de las que le han sido transferidas mediante el Real Decreto 564/1995, de 7 de abril, en relación con las Cámaras Agrarias.

Incorporando, en los aspectos relativos a la naturaleza jurídica, funciones y Constitución de las Cámaras Agrarias, el contenido de la Ley Estatal 23/86, de 24 de diciembre (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XL, fascículo I, disposición n.º 26), la norma autonómica opta por la creación de

(*) Referente a las disposiciones publicadas en el «B.O.E.» durante el segundo trimestre de 1996.

una sólo Cámara por provincia, desarrollando los aspectos relativos al proceso electoral, estatutos, organización, y régimen económico de estas corporaciones. También se establecen los porcentajes de votos que deben obtener las Organizaciones Profesionales para tener la consideración de más representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma y de cada provincia, así como las previsiones relativas a la situación del personal transferido como consecuencia del Real Decreto 564/1995, de 7 de abril.

Para el Derecho Privado resulta especialmente interesante la previsión contenida en el artículo 15.3 de la norma presentada, en virtud del cual «La adquisición, enajenación, arrendamiento o cesión de bienes inmuebles por parte de las Cámaras Agrarias, así como la contratación de obras, suministros o servicios por un período superior al ejercicio presupuestario, y la relación de puestos de trabajo deberán ser ratificados por el Departamento de Agricultura y Medio Ambiente para alcanzar su eficacia jurídica».

B) Comentario:

En un clima proclive a la liberalización de las relaciones económicas y dentro de un marco constitucional caracterizado por el reconocimiento de la libertad de asociación y de los sindicatos y asociaciones empresariales como órganos para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de sus miembros, resulta paradójica la subsistencia de corporaciones como las Cámaras Agrarias, cuyas únicas funciones, además de la administración de sus propios recursos, consisten en actuar como entidades de consulta y colaboración con las Administraciones Públicas en materias agrarias. Si ya existen unas organizaciones para la defensa y promoción de los intereses de los sujetos implicados en la actividad agrícola, y si esas organizaciones tienen atribuida la representación institucional cuando alcanzan la consideración de más representativas, habiendo de ser consultadas en relación con las cuestiones relativas a los intereses que representan, ¿por qué no suprimir directamente las Cámaras Agrarias y destinar sus recursos económicos y humanos a otros sectores más necesitados de la intervención pública?, ¿o es que la subsistencia de estos entes se justifica exclusivamente por la administración de los bienes de sus antecesoras, las Hermandades Locales de Labradores y Ganaderos, Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias y Hermandad Nacional?

3. Derechos Reales

2. PROPIEDAD INTELECTUAL. Se aprueba el texto refundido de su Ley reguladora.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. («B.O.E.» del 22).

Las leyes promulgadas con el objeto de trasponer al Ordenamiento jurídico español las Directivas comunitarias relativas a determinados aspectos de la Propiedad Intelectual habían ido modificando y complementando el contenido de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo I, disposición número 3). Así, mediante la Ley 16/1993,

de 23 de diciembre (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo I, disposición número 6), se procedió a incorporar la Directiva 91/250, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, estableciendo una serie de excepciones a los derechos reconocidos con la finalidad de posibilitar la utilización del programa por el usuario legítimo, tipificando una serie de conductas especialmente peligrosas y que no se contemplaban expresamente en la Ley de Propiedad Intelectual, y contemplando la posibilidad de que el juez requiera los informes u ordene las investigaciones que estimara oportunas antes de dar traslado a las partes del escrito de solicitud de medidas cautelares.

Posteriormente, las leyes 43/1994, de 30 de diciembre, 27/1995, de 11 de octubre, y 28/1995, de 11 de octubre, venían a incorporar a nuestro ordenamiento el contenido de las Directivas 92/100, 93/98 y 93/83, relativas, respectivamente, a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor, al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

El presente texto refundido, aprobado por el Gobierno en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la Disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, viene a terminar con la dispersión normativa que la transposición de las Directivas comunitarias había generado en materia de Propiedad Intelectual, satisfaciendo un anhelo del legislador que ya se puso de manifiesto en la propia Ley 16/93, donde se contenía una habilitación análoga que sin embargo no fue atendida por el Ejecutivo.

3. SUELO Y COLEGIOS PROFESIONALES. Se procede al establecimiento de medidas liberalizadoras en relación con estas materias.

Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio («B.O.E.» del 8 y corrección de errores «B.O.E.» del 18)

A) Exposición:

1.— En materia de suelo, las modificaciones introducidas por la norma que nos ocupa en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (presentado en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo III, disposición n.º 6), se refieren a los siguientes aspectos:

a) Supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado, de manera que ambas clases de suelo pasan a refundirse en una nueva, denominada simplemente suelo urbanizable y cuyo desarrollo urbanístico habrá de llevarse a cabo mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (artículo 1 de la norma presentada). No obstante, el suelo clasificado como urbanizable no programado en el planeamiento vigente o en tramitación a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley se regirá por la normativa anterior, con la única salvedad de que se podrán promover y ejecutar directamente Programas de Actuación Urbanística sin necesidad de concurso (disposición transitoria del Real Decreto-Ley).

b) Reducción del porcentaje de aprovechamiento que corresponde a la Administración en concepto de participación en las plusvalías generadas por la actividad urbanística de los entes públicos, y consiguiente aumento del atribuido a los propietarios. La nueva regulación del aprovechamiento susceptible de apropiación privada, contenida en el artículo 2 de la norma presentada, parte de la diferencia entre el suelo urbano y urbanizable incluido en unidades de ejecución, es decir los terrenos en relación con los cuales es posible llevar a cabo actuaciones conjuntas o integradas, y el suelo urbano no incluido en las mencionadas unidades de ejecución, es decir las parcelas en las cuales la única actuación consiste en sustituir la edificación existente o bien instalar una determinada dotación pública (las llamadas actuaciones aisladas a desarrollar en suelo urbano). Se establece además que las obras de rehabilitación y sustitución de la edificación sin aumento del volumen construido no darán lugar a cesiones de aprovechamiento tipo a la Corporación Municipal, aunque el terreno se halle incluido en una unidad de ejecución. Las normas relativas al aprovechamiento susceptible de apropiación resultan aplicables a los procedimientos de ejecución iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, según se desprende de la redacción dada a su disposición transitoria por la corrección de errores publicada en el B.O.E. de 18 de junio.

c) Adopción de una serie de medidas orientadas a la agilización de los procedimientos orientados a la aprobación de planes urbanísticos (artículos 3 y 4 de la norma presentada); estas medidas incluyen una reducción de los plazos de tramitación a las cuales se atribuye expresamente carácter supletorio respecto de la regulación autonómica, y una serie de modificaciones en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que inciden en la articulación de las competencias atribuidas al Alcalde y al Pleno municipal en lo relativo a la aprobación de instrumentos de planeamiento, y cuya consideración como legislación básica o supletoria queda en la sombra, ante el expresivo silencio del Real Decreto-Ley.

2.— En lo relativo a la regulación de los colegios profesionales, las modificaciones introducidas en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, se orientan a fomentar la competencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas. Con esta finalidad, y además de una proclamación general que puede incidir en la interpretación de todos los preceptos de la Ley, la norma presentada establece dos medidas particularmente interesantes:

a) En el caso de profesiones organizadas por Colegios Territoriales, bastará la incorporación al Colegio correspondiente al domicilio profesional único o principal para ejercer en todo el territorio del Estado; se contempla, sin embargo, la posibilidad de que los Estatutos Generales o Autonómicos establezcan la obligación de que los profesionales que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación comuniquen las actuaciones a realizar al Colegio «competente por razón del territorio», con el fin de quedar sujetos a las correspondientes competencias de ordenación, visado, control y potestad disciplinaria, y en las condiciones económicas que en cada supuesto puedan establecerse.

b) Se elimina la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, facultándoseles, no obstante, para el establecimiento de baremos de honorarios con carácter meramente orientativo.

B) Comentario:

Limitándonos, por su importancia, al comentario de las medidas liberalizadoras en materia de suelo, nos parece oportuno comenzar llamando la atención acerca de lo negativo que resulta, para cualquier mercado, el sometimiento a una sucesión continua de normas que, invariablemente, acaban modificándose antes de ser interpretadas y aplicadas por la Administración y los Tribunales. En este sentido la incidencia de la norma presentada no puede ser muy favorable si tenemos en cuenta que mientras la inmensa mayoría de los municipios aún se encuentran adaptando sus planeamientos a las modificaciones introducidas por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y por su correlato, el Texto Refundido de 1992, ya han visto cómo el Estudio económico y financiero de sus Planes Generales queda inutilizado por la reducción de ingresos que se deriva de la nueva normativa referente a la participación de los entes públicos en las plusvalías urbanísticas.

Además es necesario considerar que los obstáculos existentes para la efectiva ejecución de los planes son numerosos, en tanto implican toda una serie de complejas operaciones físicas (instalación de los servicios de acceso rodado, acometida y evacuación de aguas, energía eléctrica, zonas verdes, etc.) y jurídicas (redistribución de la titularidad de los terrenos para adaptar la configuración inicial de las parcelas al plan urbanístico, mediante los complicados procesos reparcelatorios), cuya verificación presupone una actuación conjunta de los propietarios difícil de articular. La Administración, por su parte, se encuentra en una posición curiosa, dado que si bien no suele disponer de los medios necesarios para imponer la ejecución a los dueños que decidan sentarse y esperar a que lleguen los profesionales de la construcción para comprarles sus parcelas (la venta forzosa es un procedimiento complejo de tramitar para una Administración carente de asistencia técnica; la expropiación, además de ese inconveniente, presupone la existencia de recursos para pagar los justiprecios), dispone de unos poderes amplísimos, incluso exorbitantes, cuando esos mismos propietarios deciden romper su inmovilismo e incorporarse al proceso urbanizador (cosa que suele ocurrir cuando ya ha existido un cambio en la primitiva titularidad de los terrenos, de manera que los iniciales propietarios han vendido a empresarios de la construcción percibiendo una plusvalía que no han merecido), dado que ningún instrumento de ejecución escapa a la aprobación administrativa (programas de actuación, planes de desarrollo del planeamiento general, proyectos de urbanización, estudios de detalle, licencias), y que no existen mecanismos rápidos y eficaces para controlar sus decisiones.

Resulta entonces que la Administración puede presionar con fuerza a los empresarios que, habiendo pagado ya un elevado precio por el suelo, han de pasar ahora por la imposición de cesiones o de condiciones no establecidas por la ley, si no desean ver paralizada su inversión mientras emprenden un interminable litigio ante la Jurisdicción contenciosa. Por otro lado, una vez que la configuración física de los terrenos y su estructura dominical se ha adaptado a las exigencias del planeamiento, y las obras necesarias para la instalación de los servicios propios del suelo urbano se han ejecutado, se corre el riesgo de que los mismos profesionales de la construcción, que han posibilitado esa primera fase de la ejecución urbanística, se vuelvan reacios al llegar el momento de acometer la siguiente (la efectiva materialización de las edificaciones). Ese riesgo, especialmente apreciable en municipios pequeños, donde los promotores

que suelen actuar son siempre pocos y los mismos, se manifiesta a través de acuerdos virtualmente colusorios, como consecuencia de los cuales la edificación de los terrenos se va realizando por turnos y a medida que se va vendiendo, soslayándose así la competencia directa entre promotores. Semejante situación de poder, alcanzada por quienes tanto han pagado para adquirirla, hace que en no pocas ocasiones un descenso de los tipos de interés aplicados a los créditos hipotecarios, al incrementar la demanda sin correlativo aumento de la oferta, suponga una automática subida del precio de las viviendas, con la correspondiente absorción de la reducción de tipos por el incremento del beneficio empresarial (¿no ocurrirá igual con la reducción de la participación administrativa en las plusvalías derivada del Real Decreto-Ley presentado?). Naturalmente la Administración, que no tiene recursos para expropiar, tampoco los tiene para llevar a cabo una decidida intervención en el mercado de la vivienda que compita con la de los promotores privados.

Observado así el problema, lo cierto es que todo apunta hacia el encarecimiento del producto final: el adquirente de inmuebles paga la plusvalía que obtienen los propietarios al vender a los profesionales de la construcción, pero también las cargas impuestas por la posición de fuerza que tiene la Administración cuando de la incorporación al proceso urbanizador se trata y el elevado beneficio empresarial que en ciertos casos se deriva de la falta de auténtica y real competencia en el mercado de la vivienda. Las medidas legislativas habrían de encaminarse entonces a reducir el poder de la Administración frente a quienes toman la decisión de urbanizar y edificar, mientras correlativamente se incrementa ese poder frente a los propietarios que se muestran más reticentes a colaborar en la ejecución del planeamiento.

Nada de eso aparece reflejado en el Real Decreto-Ley, que más bien parece una auténtica invitación a la parálisis de propietarios y administraciones públicas. Es cierto que incrementa el aprovechamiento susceptible de propiedad privada, pero eso supone favorecer indiscriminadamente a los propietarios que se incorporan al proceso urbanizador y a los que no lo hacen, y reducir los recursos económicos de que dispone la Administración para actuar contra los propietarios reticentes; además, según la interpretación que se dé a la Disposición transitoria de la norma, problema al que aludiremos después, puede suponer un tratamiento discriminatorio para los propietarios y promotores más diligentes, los que se han apresurado a conseguir la aprobación de proyectos de reparcelación o compensación y han patrimonializado el aprovechamiento susceptible de apropiación privada que les confería el Texto Refundido de 1992. Esos propietarios estarán arrepintiéndose de su diligencia, porque si se hubieran retrasado más en la redacción de dichos proyectos, y por lo tanto en la ejecución del planeamiento, el porcentaje que les hubiera correspondido sería mayor. Incluso quienes todavía no se han incorporado al proceso de ejecución del planeamiento tienen motivos para pensárselo un poco, porque todos los rumores apuntan hacia una completa reforma de la legislación urbanística que quizá esté también llamada a fenecer con la nueva configuración del legislativo que resulte de las siguientes elecciones generales.

Pasando ya al alcance concreto de las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley, no nos parece que haya nada que objetar a la reducción de los plazos establecidos para la tramitación de planes y proyectos, siempre que los recursos humanos y materiales de las Administraciones implicadas les permitan afrontar esa reducción de plazos, sin merma alguna para la garantía de los derechos afectados en todo proceso urbanístico.

También parece acertada la atribución de competencia al Alcalde para la aprobación de los instrumentos de desarrollo del planeamiento general y de gestión urbanística no expresamente atribuidas al Pleno, así como de los proyectos de urbanización, habida cuenta de que la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de dichos instrumentos de ordenación y gestión sigue atribuyéndose al Pleno. Al menos si se comparte la opinión de JIMENEZ DE CISNEROS CID (vid. "Los efectos de la <liberalización del suelo> sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992", publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, 1996, págs. 709-731) en el sentido de que la especial referencia a los proyectos de urbanización no significa que se atribuya al Alcalde la aprobación inicial y definitiva de los mismos, sino sólo la aprobación inicial, y si se pasa por alto la posible colisión entre esta novedosa articulación competencial y la legislación autonómica vigente en materia de régimen local, también apuntada por el citado autor y soslayada por el Ejecutivo mediante la omisión de cualquier referencia al carácter básico o supletorio que ha de predicarse del artículo 4 del Real Decreto-Ley.

En lo relativo al incremento del aprovechamiento susceptible de apropiación privada, ya aludimos a algunas de las objeciones que merece la solución adoptada por el Ejecutivo; pero hay que destacar además los problemas que plantea la aplicación del régimen transitorio contenido en el Real Decreto-Ley, cuestión especialmente relevante en las relaciones jurídicas de tracto sucesivo que se derivan de la ejecución del planeamiento. En este sentido, y como señala JIMENEZ DE CISNEROS CID en el trabajo citado anteriormente, la interpretación a contrario de la Disposición transitoria, tal y como ha quedado tras la corrección de errores, supone la aplicación de los nuevos aprovechamientos a los procedimientos ya iniciados a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley; ahora bien, algún límite habrá de existir, porque no parece lógico aplicar los nuevos aprovechamientos a situaciones totalmente agotadas. El problema es saber cuando se agota la relación jurídica generada por la ejecución urbanística, porque en el plano de la teoría, y en un sistema fundamentado en la adquisición escalonada de facultades (a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar, a la edificación), resulta posible acudir tanto al momento en que se adquiere el derecho al aprovechamiento urbanístico, como al momento en que ese derecho se subsume en el derecho a edificar; incluso cabría una interpretación maximalista, que entendiera aplicables los nuevos porcentajes si al entrar en vigor la norma presentada no se ha materializado todavía la edificación.

Tratándose de actuaciones sistemáticas a desarrollar mediante Compensación o Cooperación, JIMENEZ DE CISNEROS CID se orienta hacia la imposibilidad de aplicar los nuevos porcentajes a los proyectos de compensación o reparcelación que hubieran sido aprobados en el momento de entrar en vigor el Real Decreto-Ley. Pero incluso admitiendo esa posibilidad, que nos situaría en la órbita de la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico como momento determinante, el propio autor citado destaca que las cosas no son sencillas en modo alguno; por lo pronto, la nueva regulación puede afectar a los proyectos de compensación y reparcelación que se encontraran en trámite en el momento de su entrada en vigor. Tratándose de actuaciones expropiatorias, surge la duda acerca de si el aprovechamiento apropiable será el derivado de la norma que estuviera vigente al adquirirse el aprovechamiento que sirve de base para la fijación del justiprecio, al verificarse el pago y ocupación, cuando se fijó el justiprecio o en el inicio del expediente destinado a fijarlo. En las actuaciones asis-

temáticas a desarrollar en suelo urbano no sabemos si inclinarnos por la aplicación de la norma vigente cuando se aprobó el planeamiento (dado que de acuerdo con el artículo 31 del Texto Refundido ese es el momento en que el propietario patrimonializa el aprovechamiento susceptible de apropiación), o bien al otorgarse la licencia de obras, habida cuenta de que ese trámite supone la comprobación de que el proyecto se ajusta al aprovechamiento susceptible de apropiación y el nacimiento del derecho a edificar. Por último, cuando nos encontremos ante un expediente disciplinario derivado del incumplimiento de deberes urbanísticos, nuevamente surgirá la duda acerca de si el aprovechamiento sobre el cual ha de aplicarse la reducción del 50% ha de ser el resultante de la legislación vigente cuando el infractor adquirió el aprovechamiento apropiable, en el momento de la infracción, en el de su declaración formal con audiencia del interesado, o en el del efectivo pago de la cantidad resultante, cuando la infracción conlleve la expropiación o venta forzosa.

En cuanto a la unificación de los suelos urbanizables programados y no programados en una sólo clase de suelo, nos parece una solución perfectamente coherente con la ideología liberal inspiradora del Real Decreto-Ley, al estimarse que el incremento de la oferta de suelo susceptible de desarrollo urbano hará descender su precio, y que esa reducción se repercutirá en el precio final de viviendas y locales. Pero si el problema no radicara en la escasez del suelo susceptible de desarrollo urbano, sino en el hecho de que ese suelo se encuentre, en su mayor parte, en manos de propietarios poco emprendedores y sin los conocimientos necesarios para afrontar los complejos procesos que comporta la ejecución del planeamiento, es decir, si los propietarios fueran el problema y no la solución, poco se habrá avanzado; más bien se habrá retrocedido, puesto que de poco servirá incrementar la cantidad de suelo a urbanizar si la inseguridad normativa fomenta el abstencionismo de los propietarios, al tiempo que la reducción de la participación pública en las plusvalías reduce los recursos de que la Administración dispone para llevar la iniciativa de la gestión.

III. DERECHO MERCANTIL

4. ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CREDITO. Desarrolla su regulación.

Real Decreto 692/1996, de 26 de abril («B.O.E.» del 24 de mayo).

Los Establecimientos financieros de crédito fueron configurados por la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril (esta Ley tuvo por objeto principal adaptar la legislación española sobre entidades de crédito a la Directiva europea sobre coordinación bancaria, 2.ª Directiva, n.º 89/646 pero también se convirtió en cajón de sastre para recoger una larga serie de modificaciones de normas legales que, de alguna manera, tenían cierto matiz económico y financiero) que posteriormente fue modificada por el Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre (otra norma multi-frente).

Este tipo de «establecimientos» constituye una remodelación y refundición de las tradicionales entidades de financiación, luego llamadas las entidades de crédito de ámbito operativo limitado.

La nueva categoría legal engloba a las entidades cuya actividad principal consista en ejercer una o varias de las actividades siguientes:

- a) préstamo y crédito,
- b) factoring y actividades complementarias,
- c) arrendamiento financiero,
- d) emisión y gestión de tarjetas de crédito,
- e) comisión de avales y garantías.

La principal novedad que se introduce consiste, pues, en la eliminación de la anterior configuración de cada tipo de entidades como compartimentos estancos, de modo que corresponderá a cada establecimiento delimitar el campo de su actividad mediante la relación del sistema de financiación que ofrecerá a su clientela.

En el aspecto de la captación de fondos por estas entidades, sigue vigente la prohibición de utilizar las formas de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos (art. 2), pero se les permite la emisión de valores cuyo vencimiento supere un mes y la titulación de sus activos.

Por lo demás el Real Decreto detalla el régimen de control administrativo a que están sujetos los establecimientos y los restantes requisitos que deben reunir, como son: forma de sociedad anónima, de fundación simultánea, capital mínimo de 850 millones de pesetas, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas, limitación de su objeto social a las actividades propias de estos establecimientos, o tener la administración de la entidad encomendada a un Consejo.

Tanto la creación como la alteración ulterior de los establecimientos, especialmente la ampliación de sus actividades están sujetos a la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, que controlará especialmente que la entidad cuente con una organización administrativa y contable adecuada.

La disposición reseñada concluye introduciendo algunas modificaciones en normas que regulan entidades cercanas, concretamente bancos, cooperativas de crédito y cajas de ahorros. No podía faltar tampoco el establecimiento de un régimen transitorio que permite la adaptación de las anteriores entidades financieras a la nueva regulación.

V. OTRAS DISPOSICIONES

5. DEPARTAMENTOS MINISTERIALES. Se procede a la reestructuración de los mismos.

Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo. («B.O.E.» del 6).

En virtud de la autorización prevista en el artículo de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se ha procedido a la presente reestructuración, cuyas líneas generales son las siguientes:

1.º) El Ministerio de Justicia e Interior se desdobra en los Ministerios de Justicia y de Interior.

2.º) Los Ministerios de Educación y Ciencia y de Cultura pasan a integrarse en un sólo Departamento, denominado de Educación y Cultura.

3.º) Los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Asuntos Sociales se unifican en el nuevo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

4.º) El Ministerio de Comercio y Turismo queda suprimido, atribuyéndose sus competencias al Ministerio de Economía y Hacienda.

5.º) Se crea el Ministerio de Fomento, atribuyéndose al mismo las competencias atribuidas con anterioridad al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en el ámbito de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Obras públicas, con excepción de las correspondientes a Obras Hidráulicas, así como las relativas a Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Urbanismo. Por lo tanto ha de entenderse que el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente desaparece, pese a haberse omitido su inclusión en la lista de Departamentos ministeriales suprimidos que se contiene en la Disposición final primera del Real Decreto.

6.º) Se crea el Ministerio de Medio Ambiente para la gestión de las competencias relativas al Medio Ambiente, Conservación de la Naturaleza y Obras Hidráulicas que venían siendo atribuidas a los Ministerios de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Industria y Energía, y Agricultura, Pesca y Alimentación.

6. TELECOMUNICACIONES. se establecen medidas orientadas a su liberalización.

Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio («B.O.E.» del 8).

El conjunto de medidas que se incluyen en el presente Real Decreto-Ley, promulgado con la finalidad de fomentar la competencia, transparencia e igualdad de trato en el sector de las Telecomunicaciones, puede sistematizarse en los siguientes apartados:

— Creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Fomento y cuyo objeto es el de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

— Modificación de determinados aspectos de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo I, disposición n.º 4). Se contempla la posibilidad de gestión directa e indirecta de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones, regulándose el derecho de interconexión de redes e imponiendo a los titulares de las mismas el deber de facilitar el acceso a los operadores que lo deseen en condiciones no discriminatorias; también se establece la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver cuando los operadores no logren perfeccionar un acuerdo de interconexión satisfactorio.

— Modificación de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable. Destacan, en este sentido, las previsiones establecidas en relación con «Telefónica de España, Sociedad Anónima», y la habilitación concedida al Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISION) para la prestación del ser-

vicio final de telefonía básica, incluyendo el servicio telefónico urbano, interurbano e internacional, y para el servicio portador, soporte del mismo.

7. MEDIDAS URGENTES. Se procede a su establecimiento en materia fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio («B.O.E.» del 8).

La propia Exposición de Motivos de la norma presentada sistematiza su contenido en dos grandes grupos de previsiones: las orientadas a modificar determinados aspectos de la fiscalidad, y las que guardan relación con el fomento de la competencia en determinados sectores. Siguiendo esa estructura, el contenido concreto del Real Decreto-Ley se extiende a los siguientes aspectos:

1. Medidas de carácter fiscal:

— *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:* durante 1996 se amplía la reducción general del rendimiento neto de las actividades sometidas a la modalidad de signos, índices o módulos del método de estimación objetiva del 8 al 15%. Durante ese mismo período no se computarán como personas asalariadas los trabajadores contratados por tiempo indefinido con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley.

Además, en relación con este mismo impuesto, se procede a modificar la regulación de los incrementos y disminuciones patrimoniales, evitando los inconvenientes planteados por el establecimiento de porcentajes reductores en función del tiempo que mediaba entre la adquisición y la alteración del patrimonio; la nueva regulación, aplicable a los elementos patrimoniales adquiridos a partir de su entrada en vigor, se basa en el gravamen de las plusvalías reales y en el establecimiento de un tipo del 20% y un mínimo exento de 200.000.- pts; para los incrementos y disminuciones derivados de elementos adquiridos con anterioridad, la norma presentada establece un régimen transitorio orientado a tutelar las expectativas de quienes planificaron sus inversiones al amparo de la normativa derogada.

— *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto de Sociedades:* se establece una deducción en cuota de 1.000.000.- de pesetas en el caso de contratación, con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y por tiempo indefinido, de trabajadores mayores de 45 años.

También se contempla la posibilidad de que las empresas actualicen sus balances mediante el pago de un gravamen único del 3% sobre las revalorizaciones de activos, procediendo de acuerdo con las normas contenidas en el Real Decreto-Ley y en el reglamento que se dicte para su desarrollo.

— *Impuesto de Sucesiones y Donaciones:* se contempla la reducción en la base imponible del 95% del valor de la empresa familiar (en su forma de empresa individual o de participaciones), en las adquisiciones «mortis causa» que correspondan a los cónyuges, descendientes o adoptados del fallecido, y siempre que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento, salvo que falleciese a su vez el adquirente durante ese plazo. Igual reducción, pero con un límite máximo de 20 millones

de pesetas por cada sujeto pasivo y con el mismo requisito de permanencia, es la que se establece en relación con las transmisiones «mortis causa» de la vivienda habitual del fallecido, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o parientes colaterales mayores de sesenta y cinco años.

2. Medidas de fomento y liberalización de la actividad económica:

— *Modificación de la Ley 16/89, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia: el alcance de la modificación se extiende al artículo 1, al cual se añade un nuevo apartado que establece la posibilidad de que los órganos de Defensa de la Competencia consideren exentas las conductas prohibidas por el artículo 1.º de la Ley que, por su escasa importancia, no afecten significativamente a la competencia, al artículo 2, que contiene ahora una declaración expresa relativa a la aplicabilidad de las prohibiciones a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o de la actuación de entes públicos sin el necesario amparo legal, y al artículo 15, al cual se añade un apartado 5 destinado a contemplar la posibilidad de que el Servicio de defensa de la Competencia resuelva que una notificación voluntaria de alianza entre empresas sea tratada como una solicitud de acuerdo con arreglo al artículo 3 y que no goce del beneficio de la autorización tácita; el nuevo epígrafe del artículo 15 prevé también la posibilidad de que dicho Servicio acumule los expedientes derivados de una denuncia de prácticas restrictivas y de la notificación voluntaria de operación de concentración presentada con posterioridad y por hechos similares, resolviendo acerca de si la operación se tramita como un acuerdo del artículo 1 o como una concentración económica.

— *Precios autorizados y comunicados*: el Real Decreto-Ley procede a liberalizar los precios autorizados de ámbito nacional que no se incluyen en el anexo 1 del mismo; en cuanto a los precios comunicados, se exime del requerimiento a los contemplados en el anexo 2 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de febrero de 1993.

— *Sociedades y fondos de capital riesgo*: se modifican diversos aspectos de su tratamiento fiscal, así como la definición de su objeto social, que consistirá en la promoción, mediante la toma de participaciones temporales en su capital, de empresas no financieras que no cotizan en el primer mercado de las Bolsas de Valores ni en ningún mercado secundario organizado y que no estén participadas en más de un 25% por empresas que cotizan en dichos mercados o que tengan la consideración de entidad financiera.

— *Préstamos participativos*: se procede a una mínima regulación de esta modalidad financiera, caracterizada la vinculación existente entre la evolución de la actividad de la entidad prestataria y el interés a percibir por el prestamista. En orden a la prelación de créditos, estos préstamos se sitúan después de los acreedores comunes del prestatario.

— *Modificación de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre*, de normas reguladoras de las Instituciones de Inversión Colectiva (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVIII, fascículo I, disposición n.º 8): el alcance de la modificación afecta al segundo inciso del artículo 10.2 de la Ley, y más concretamente a la generalización, a todas las instituciones de inversión colectiva, de

la posibilidad de que el activo no sujeto al coeficiente legal se invierta en valores no cotizados, siempre que se cumplan las condiciones que se fijan reglamentariamente y que así figure en los Estatutos y/o en los Reglamentos y en el folleto informativo de la institución. Además, se añade un párrafo al mencionado artículo 10.2 para autorizar al Ministro de Economía y Hacienda a establecer los casos y condiciones en que las Sociedades de Inversión Colectiva de capital variable, los Fondos de Inversión Mobiliaria y los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Financiero, podrán utilizar instrumentos financieros derivados u otras técnicas para conseguir una adecuada cobertura de los distintos riesgos que afectan a los valores que integren su patrimonio.

— *Servicios funerarios*: se liberaliza su prestación a partir de 1997 y se suprime la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales.

— *Distribución de carburantes*: Se contemplan toda una serie de medidas orientadas a que las instalaciones de recepción, almacenamiento y transporte propiedad de la «Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A.», «Repsol Butano, S.A.», y «Distribuidora Industrial, S.A.» puedan ser utilizadas por terceros en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas, al objeto de evitar que la concentración de esas instalaciones obstaculicen la profundización de la competencia en el sector. La utilización de dichas instalaciones se llevará a cabo mediante la adhesión a los contratos tipo que las empresas titulares deberán elaborar y someter al control administrativo; los precios fijados por la utilización de las referidas instalaciones también habrán de comunicarse a la Administración, atribuyéndose efecto estimatorio a la falta de pronunciamiento expreso en el plazo de un mes. La norma regula también los requisitos que deben cumplir las empresas y operadores para solicitar la utilización de las instalaciones y las causas que puede alegar la entidad titular para rechazar esa solicitud, imponiendo a esta última el deber de comunicar la negativa y las razones de la misma al Ministerio de Industria y Energía, que decidirá, en un plazo de treinta días, la procedencia o no de la utilización y, en su caso, el plazo y condiciones de la misma.

— *Trabajo y Seguridad Social*: Se eleva el rango de la normativa funcional de los funcionarios del Cuerpo de Controladores Laborales, con la finalidad de permitirles el acceso y permanencia en cualquier momento a todo centro y lugar de trabajo sujeto a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; además se les confiere la consideración de Agentes de la autoridad, debiendo considerarse las acciones u omisiones que impidan o perturben el ejercicio de sus funciones como obstrucción, en los términos de los artículos 49 y concordantes de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo III, disposición n.º 16).

8. DOBLE IMPOSICION INTERNA INTERSOCIETARIA. Se establecen medidas fiscales urgentes para su corrección y para incentivar la internacionalización de las empresas.

Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio. («B.O.E.» del 8).

La disposición presentada aborda el tratamiento de los dividendos y plusvalías relativas a valores representativos de la participación en el capital de entidades jurídicas residentes tanto en España como en el extranjero. En relación con los dividendos y

plusvalías relativos a entidades residentes en territorio español se establece la deducción por doble imposición también en el momento de la transmisión de acciones, y no sólo en el de la distribución del dividendo o participación en beneficios; este nuevo enfoque se debe a la consideración de que el socio o accionista, al transmitir su participación, está obteniendo los beneficios no distribuidos generados durante su tenencia.

En relación con los dividendos y plusvalías de origen extranjero, se procede a incorporar el método de exención, siempre que se cumplan requisitos tales como que el lugar de residencia de la entidad participada sea un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional provisto con cláusula de intercambio de información, y que la actividad desarrollada por dicha entidad participada sea de naturaleza empresarial; con ello se pretende aproximar el tratamiento de los dividendos y plusvalías de origen nacional y extranjero, posibilitar a nuestras empresas competir en igualdad de condiciones en los mercados internacionales y remover los obstáculos fiscales a la repatriación de los dividendos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La reparación de los daños al medio ambiente», ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 337.

Es innecesario presentar aquí a Antonio Cabanillas. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante, colaborador habitual de esta revista desde hace años y coordinador en ella de la sección «Jurisprudencia del Tribunal Supremo». Manteniendo el ritmo de producción a que nos tiene habituados publica Cabanillas en la Editorial Aranzadi una importante monografía sobre un tema no menos importante: la reparación de los daños al medio ambiente. Y en verdad tanto el nivel científico del autor como el interés demostrado desde el año 1988 por esta problemática (a su primer trabajo «La responsabilidad civil por daños a personas o cosas como a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento» publicado en la «Revista Española de Seguros» han seguido siete más) le hacen la persona idónea para adentrarse en tan intrincada cuestión. En este concepto fue ponente en el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental celebrado en Sevilla en abril de 1995. Su ponencia «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente» viene a ser antecedente directo de la presente monografía. Ésta, se incardina en el marco de un Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y es el fruto de varios años de trabajo.

Desde el primer momento aclara Cabanillas su propósito: ofrecer al legislador una completa información legal, jurisprudencial y doctrinal amén de los criterios que puedan serle útiles para afrontar la tarea de elaborar una futura —y cada vez más necesaria— ley sobre responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Se trata, digamos, de una investigación que quiere verse «aplicada» y que se adelanta a la norma con la idea de que ésta, si llega a ver la luz, responda a los niveles de funcionalidad y corrección técnica exigibles. Este objetivo explica la atención prestada a las directrices del Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre reparación del daño ecológico (1993); a la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad

civil por daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos (1991) y al Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, aprobado en 8 de marzo de 1993 y aún no ratificado por España. La falta en nuestro Derecho de una disposición legal que regule la responsabilidad civil por daños al medio ambiente explica también el examen —que aquí se hace en profundidad— de algunas experiencias extranjeras. La Ley alemana sobre responsabilidad medioambiental de 10 de diciembre de 1990 y la Ley italiana de 8 de julio de 1986 (en especial su art. 18, sede de la disciplina sobre responsabilidad medioambiental) son punto de referencia constante a la hora de indagar cuales serían las soluciones adecuadas para la situación española. Con ello no se hace sino recoger el envite de la Conferencia de Naciones Unidas de Río de Janeiro (1992) cuando en su principio 13 establece que los Estados deben desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Pues aunque nuestra Constitución contempla en su art. 45 que la violación de lo dispuesto en su apartado segundo (utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida) da lugar a la obligación de reparar el daño causado, lo que falta es precisamente el desarrollo normativo que sería obra de la futura ley.

El libro se estructura en cinco capítulos de desigual extensión. Tienen los dos primeros un cierto carácter de «cuestión previa» dado que no cabe el estudio de la responsabilidad civil por daños medioambientales sin antes determinar el significado jurídico del medio ambiente (Capítulo I) y establecer los mecanismos jurídicos que sirven a su protección (Capítulo II). Así, el Capítulo I se detiene en la consideración del problema de las agresiones al medio ambiente y la degradación de la naturaleza: en el carácter multidisciplinar que la solución de estas cuestiones reclama y en la dificultad de sentar un concepto jurídico y unitario de lo que el medio ambiente sea. Aportaciones de administrativistas, penalistas, procesalistas y civilistas son presentadas y valoradas en este contexto. Cabanillas entiende que el medio ambiente se refiere básicamente al entorno y que puede definirse, en línea de lo apuntado por Díez-Picazo, como «el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar, tales como el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna, el paisaje y otras que contribuyen al goce de los bienes de la naturaleza, como el silencio y la tranquilidad» (p. 26). El Capítulo II se centra en la protección jurídica del medio ambiente. Y pasa revista a los mecanismos de tutela públicos y privados que, justificados por la pluralidad de facetas e intereses que en el medio ambiente convergen, contempla el Derecho: desde el art. 130 R del Tratado de Maastricht a las acciones tendentes a la defensa de los derechos de uso, goce y disfrute del medio ambiente en cuanto parte integrante de los bienes de la naturaleza y la tutela aquiliana, pasando por el art. 45 de la Constitución, los mecanismos preventivos y sancionatorios de la Administración y la amplia protección penal que dispensa el nuevo Código.

Pero, la protección jurídico privada del medio ambiente se lleva a cabo sobre todo a través del instituto de la responsabilidad civil, que se muestra como el instrumento básico de dicha tutela (Capítulo III). Frente a la rigidez y

escasa efectividad de las normas administrativas —«la *desuetudo* es una enfermedad crónica del Derecho ambiental» (p. 40)— la responsabilidad civil está llamada a jugar un papel relevante en el ámbito del medio ambiente. Cabanillas señala sus ventajas: la puesta en práctica casi automática, a iniciativa exclusivamente de las víctimas y la flexibilidad de su funcionamiento parecen cualidades adecuadas para paliar las insuficiencias de una legislación administrativa «siempre pesada para operar y cuya aplicación puede estar sometida a los avatares de la coyuntura social, económica y política» (p. 39). Todo el capítulo se orienta entonces al apuntalamiento del protagonismo que a la responsabilidad civil puede corresponder en materia de daños al medio ambiente y con ese propósito se aporta una interesante información. De este modo, el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, al exigir a los autores que paguen los gastos de los daños entiende que la responsabilidad civil cumple a la vez importantes funciones secundarias tales como consolidar determinadas normas de conducta e impedir que se causen más daños en el futuro. El ejemplo de otros países europeos que o bien cuentan ya con leyes que disciplinan la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (Italia y Alemania) o están en trance de elaborarla (Austria y Holanda) no debe ser desdeñado. En este orden de cosas tampoco debe olvidarse la Declaración de Limoges (15 de noviembre de 1990), resultado de una reunión mundial de las asociaciones de Derecho ambiental cuando, en su recomendación 7, se refiere a la responsabilidad sin culpa por daños ecológicos. Con carácter sectorial existe en España una normativa que regula la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. E incluso contamos en nuestro ordenamiento con un Anteproyecto de Ley del medio ambiente de Euskadi (1994), que en su art. 65 trata de hacer efectivo el principio «quien contamina paga». Sobre este telón de fondo, volviendo a posiciones mantenidas en estudios anteriores y con importante apoyo doctrinal terminará Cabanillas ampliando el concepto de responsabilidad medioambiental. Además de revelar un planteamiento realista y nada dogmático dicha ampliación se manifiesta llena de consecuencias metodológicas pues, como veremos, determinará el contenido de los dos siguientes capítulos, constitutivos del verdadero núcleo —dice el autor—, también merecen el calificativo de ambientales los daños que sufren los particulares a consecuencia de las inmisiones industriales que contaminan el aire, el agua o el suelo con el consiguiente perjuicio para las personas y las cosas, la responsabilidad civil por inmisiones nocivas para las propiedades y la salud debe ser de igual modo analizada desde la perspectiva medioambiental. De tal manera, concluye, «que al abordar la problemática de la relación entre la responsabilidad civil y el medio ambiente es preciso analizar tanto la responsabilidad por daño al medio ambiente en cuanto tal, como la responsabilidad por inmisión en el marco de las relaciones de vecindad, que se traduce en la acción que ejercita el particular para ser resarcido, la cual va normalmente acompañada de la pretensión inhibitoria o negatoria dirigida a que se condene al demandado a la adopción de las medidas de precaución necesarias para que cese la actividad dañosa, que quizá sea donde, de un modo más claro, la vía civil protege al medio ambiente» (p. 47).

Los Capítulos IV y V son, sin duda, el centro de la investigación. Tratan respectivamente de «La responsabilidad civil por inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad» y «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente». Se organizan ambos en torno a un esquema prácticamente idéntico que pivota sobre las grandes cuestiones que la responsabilidad civil plantea en los diversos ámbitos estudiados. Ello introduce orden y claridad en la exposición sin que la profundidad venga a menos, incumpléndose por tanto aquí aquella famosa sentencia atribuida a don Alfonso de Cossío: «Ya que no podemos ser profundos, al menos seamos oscuros». El Profesor Cabanillas estructura sistemáticamente la abundante información legal, jurisprudencia y doctrinal con que trabaja: destaca los problemas más señalados; aporta respecto de ellos su personal y crítica reflexión y sugiere las soluciones que, a su juicio, pueden resultar eficaces preocupado siempre por no quebrar la coherencia con todo el sistema de responsabilidad civil español.

Merece la pena detenerse en el Capítulo V para resaltar las que —a juicio de Cabanillas— serían soluciones técnicas pertinentes de cara a una futura ley. Partiendo del vacío normativo actual trata el autor de perfilar las líneas generales del régimen de la responsabilidad civil por los daños al medio ambiente en sí mismo considerado. La tarea no es fácil pero entiende que resulta factible desde los principios que han marcado la evolución de la responsabilidad civil en el ordenamiento español, los principios inferidos del Derecho comunitario, las experiencias de Italia y Alemania y la Declaración de Limoges. Sobre esta base define qué sea el daño ambiental: propugna el carácter objetivo de la responsabilidad por dichos daños al medio ambiente y afirma una anti-juricidad del daño atípica, es decir, apoyada en un comportamiento vulnerador del principio *neminem laedere*, sin que el hecho de actuar disponiendo de autorización de los poderes públicos exima al autor del daño de su responsabilidad. Para resolver la difícilísima cuestión de la prueba de la relación de causalidad —pues el daño ecológico puede ser consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio— apunta Cabanillas distintas posibilidades: dado que en nuestro Derecho resulta difícil admitir la inversión de la carga de la prueba, sería conveniente de *lege ferenda* —dice— dar cabida a una presunción de causalidad semejante a la que establece la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 en la medida en que no parece oponerse al principio constitucional de presunción de inocencia. Así, si una instalación, dadas las circunstancias del caso particular, es apropiada para originar el daño producido, se presume que el daño ha sido causado por esa instalación (art. 6). La presunción, sin embargo, no juega en caso de que la instalación se explote de conformidad con las disposiciones vigentes y siempre y cuando no existan anomalías en la explotación. Es fundamental poder probar que la instalación es idónea para la producción del daño y a tal efecto se concede a los perjudicados una pretensión de información tanto frente al titular de la instalación como frente a la Administración (arts. 8 y 9). Otra posibilidad sería la de facilitar la prueba de la relación de causalidad acudiendo a criterios como el de la «verosimilitud» o «suficiente probabilidad» coherentes con el que mantiene la propuesta modificada de Di-

rectiva sobre responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente por los residuos: el demandante deberá establecer la existencia de una «considerable probabilidad» de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los prejuicios causados al medio ambiente (art. 4.6). Resulta también muy problemática la legitimación para exigir la reparación del daño ambiental. La experiencia europea demuestra que las alternativas en este punto se reducen a tres: el Estado, el particular y las asociaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente. Desechando la exclusiva legitimación del Estado (*cf.* art. 18.3 de la Ley italiana de 8 de julio de 1986 y la furibunda crítica de que es objeto) vuelve Cabanillas a una antigua tesis suya: «La protección de los particulares afectados y por tanto su legitimación ante los Tribunales ordinarios puede arbitrarse, de acuerdo con la solución aplicada por la doctrina y la jurisprudencia de Alemania, Italia y Francia, antes expuesta, partiendo de la relación entre la salud y el medio ambiente, y de la íntima conexión que existe de la salud con la vida y la integridad física de la persona, que son derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo segundo de la Constitución (art. 15) y auténticos derechos de la personalidad, que gozan de una específica tutela civil» (p. 226). Por otra parte —afirma— asegurar el acceso a la justicia de los grupos de intereses difusos para la defensa del medio ambiente es tarea inexcusable. No será fácil dar a este instrumento jurídico consistencia legal —se oponen a ello problemas aún no resueltos como la representación procesal y la eficacia de la cosa juzgada— pero será un medio valioso de tutela del medio ambiente (p. 249). En este sentido, el ejemplo lo marcaría un borrador de proyecto de Directiva en materia de protección a los consumidores —elaborado a propuesta de la delegación española en el grupo de trabajo surgido en el Consejo de la CEE «Protección e información de los consumidores» (reunión de 25 de julio de 1988)—, que establece la posibilidad de acceso a los consumidores ante las jurisdicciones de cada Estado miembro por medio de acciones colectivas y de grupo ejercitables, al menos, por las asociaciones u organizaciones de consumidores con personalidad jurídica (pp. 250-251). Menos compleja se presenta la determinación de la legitimación pasiva. Se demandará al causante del daño e incluso a la Administración si a pesar de cumplirse las condiciones exigidas por la autorización que hizo posible el uso de las instalaciones contaminantes el daño se produjo. La pluralidad de responsables se resuelve acudiendo a la regla de la solidaridad. De acuerdo con los criterios generales, la reparación del daño tendrá lugar *in natura* y sólo de modo subsidiario jugará el resarcimiento por equivalente. Es también factible en nuestro Derecho la cesación de la actividad contaminante, lo que puede apoyarse, bien el reconocimiento de la existencia de un derecho a salud que incluye el derecho a un ambiente salubre y adecuado para el desarrollo de la persona, bien en la doctrina del abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC). En cuanto a la prescripción del derecho al resarcimiento y a la vista del posible efecto diferido de los daños ambientales se propugna una prolongación del reducido plazo de un año que establece el art. 1968 CC. En consonancia con la doctrina española las opciones que se sugieren son: un plazo de 15 años desde que afloran los

efectos dañosos o, si el derecho al ambiente se concibe como un derecho de la personalidad, la imprescriptibilidad.

Se cierra la monografía con un capítulo que lleva por título «La cobertura del riesgo ambiental». En él se plantea la problemática del aseguramiento y de los mecanismos de reparación del daño ambiental mediante sistemas de indemnización conjunta. La importancia alcanzada hoy en día por los fondos de compensación se traduce en un completo estudio que se justifica sobradamente al considerar que constituyen la alternativa más satisfactoria frente al problema de la contaminación si se tiene en cuenta la estrechez —dice Cabanillas— del mercado tradicional del seguro, los intereses sociales en juego y los grandes grupos industriales afectados (p. 297). Estas instituciones — de carácter público, privado o mixto— se orientan a facilitar la indemnización de los perjudicados y la restauración del medio ambiente. El fondo se financia a través de cargas o contribuciones aportadas por los potenciales agentes contaminantes, es decir, por los sectores económicos más directamente involucrados en el tipo de daño que debe ser reparado. Tras mencionar las distintas clases de fondos, se relacionan los más destacados tanto a nivel nacional como internacional y se exponen sus ventajas e inconvenientes. Cabanillas, asumiendo la tesis de Jesús Jordano Fraga, ofrecerá finalmente su propuesta: es urgente la creación en España de un fondo de compensación y reparación ambiental. En su defecto, el seguro ambiental obligatorio para las actividades con incidencia ambiental obligatorio para las actividades con incidencia ambiental debe ser una solución improrrogable. Ambas soluciones pueden hacerse compatibles operando el seguro como mecanismo de reparación para los daños medioambientales generados por actividades típica y potencialmente dañosa para el medio ambiente y el fondo de compensación y reparación ambiental para otros supuestos (p. 306).

Los trescientos sesenta y cinco trabajos que contiene la «Bibliografía» dan idea de la solidez de la investigación que, si bien ha tenido siempre a la vista las doctrinas de Italia y Alemania, no ha caído en el mimetismo de importar acríticamente soluciones foráneas. Un «Índice de sentencias» y un completo «Índice cronológico» que recoge toda la normativa (comunitaria, nacional y autonómica) de alguna manera incidente en la problemática medioambiental cierran el volumen.

Hará bien el legislador no echando en saco roto cuando aquí se le sugiere. Tiene a su disposición soluciones eficaces, coherentes y contrastadas que facilitarían su labor garantizando al mismo tiempo el nivel técnico de la futura norma. Si por una vez los políticos escuchasen a los especialistas todos saldríamos ganando en cuestión que como la tratada se presta a enfoques fáciles y demagógicos. El Profesor Cabanillas ha dado en el clavo al elegir y trabajar esta materia. Ha cumplido a la par con la responsabilidad social y de servicio exigible a todo jurista. Por ambos motivos hay que darle la enhorabuena.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira: «El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina», ed. Dykinson, Madrid, 1996, págs. 314.

El tratamiento específico de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito jurídico es tardío en nuestra época contemporánea, y apenas se comenta hasta la llegada de las Constituciones. De aquí que, actualmente tenga su ausencia en nuestro Código civil y, al igual que su homólogo francés, se haga evidente, por lo que han de ser los filósofos y los pensadores humanistas, religiosos y laicos quienes acentúen su significado y valoración en la sociedad de nuestro tiempo. Sin embargo, ya al mundo clásico griego y romano no le pasaron desapercibidos ciertos comportamientos y expresiones sociales que configuraban la personalidad humana para realizarlas o menospreciarlas pública o privadamente con galardones o sanciones. De aquí que, desde el ámbito de la justicia y de las leyes, se venga a concretar las figuras jurídicas de referencia en cuanto a su defensa y penalización.

Entre los derechos fundamentales, la ilustre profesora y civilista Elvira López Díaz, aborda específicamente el derecho al honor y el derecho a la intimidad, dos figuras que trata profunda y actualizadamente en su desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Esta completa monografía —después de su presentación e introducción—, se sistematiza en tres amplios capítulos. El primero aborda los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar garantizados en la Constitución Española de 1978, con especial referencia al art. 18 de dicha Constitución cuando los considera como bienes jurídicos protegidos, así como a las medidas de protección previstas en los arts. 9.2 y 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.

En el Capítulo segundo, la autora concreta su aspecto evolutivo, su constitucionalización y su posterior desarrollo legislativo. Destaca los aspectos del derecho al honor anterior a la Constitución Española de 1978, el que se configura en ella, así como las particularidades normativas que se introducen posteriormente.

No podía faltar un intento de definición del derecho al honor, por lo que aparecen expuestas aquellas concepciones objetivas, subjetivas y normativas que lo conforman. Además, se analizan los caracteres del derecho al honor como el innato e igual, el irrenunciable e inalienable, así como el intransmisible e indisponible. Es fundamental el consentimiento del titular y su posibilidad de revocación y, si bien se confirma su carácter extrapatrimonial, se advierte su creciente patrimonialización en cuanto al resarcimiento, además de su carácter imprescriptible. En cuanto a los sujetos titulares del derecho al honor se particularizan en las personas de proyección pública y en las privadas, examinándose el derecho al honor de las personas jurídicas y de las personas fallecidas. Para los sujetos activos de la lesión en su derecho al honor, la cuestión fundamental alcanza a la determinación de su responsabilidad, que la ilustre doctora cuida con detalle. A propósito de las intromisiones ilegítimas al derecho al honor se examinan las infracciones penales y su intencionalidad

o *animus iniuriandi*, las infracciones civiles o intromisión ilegítima y su particular concreción en cuanto al art. 4 de la Ley Orgánica 1/1982, concretamente si se trata de un *numerus clausus*, como viene perfilado el honor en el art. 7 de dicha Ley, las distintas modalidades de intromisión ilegítima en el derecho al honor, abordando la cuestión de distinguir la injuria del ilícito civil, así como la distinción entre el honor del art. 7.7 y la intimidad del art. 7.3 de dicha Ley Orgánica. Son las excepciones a la protección del derecho al honor, como la *exceptio veritatis* en los ámbitos penal y civil, así como las excepciones del art. 8 de la Ley Orgánica de 1982, las que analizan los supuestos de exclusión de la antijuricidad de la intromisión ilegítima al derecho al honor para destacar la primacía de la vía civil sobre la vía penal para la protección al honor, al valor el precepto del art. 1902 del CC que contiene el principio general del Derecho, base de la responsabilidad civil.

Se concluye con el tratamiento del derecho al honor como límite de la libertad de expresión y de la libertad de información, examinándose los criterios de ponderación respecto a la libertad de información y a la libertad de expresión.

El Capítulo tercero de este amplio estudio monográfico se dedica al derecho a la intimidad, poniéndose de relieve el cambio de la estructura social del hombre en la antigüedad (Grecia, Roma, etc.) donde su vida discurría en espacios abiertos, hasta el intimismo contemporáneo. La evolución del derecho a la intimidad, su constitucionalización y su posterior desarrollo legislativo son objeto de análisis desde las sociedades primitivas hasta el precedente americano de 1890 y concretamente la Constitución española de 1978 y su desarrollo legislativo posterior en las vías civil y penal. Se aborda la intimidad como concepto jurídico, así como la diversidad de manifestaciones en cuanto a su múltiple contenido, concretamente la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto respecto a las comunicaciones, el documental y el profesional y también la intimidad *versus* tratamiento informatizado de datos. Se continúa con el examen de los caracteres del derecho a la intimidad, su irrenunciabilidad y el papel del consentimiento por parte de su titular y la posibilidad de su revocación, concluyéndose sobre su carácter extrapolarizable, si bien advirtiéndose la tendencia actual respecto a su creciente patrimonialización.

En cuanto a los sujetos titulares del derecho a la intimidad son analizadas las personas de proyección pública y privada, las personas jurídicas y las personas fallecidas, en cuanto sujetos activos de la lesión. Las intromisiones ilegítimas al derecho a la intimidad se concretan a las que considera el art. 7 de la Ley Orgánica de 1982, como el emplazamiento, utilización y divulgación de aparatos de escucha, de filmación y grabación por medios ópticos o de cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas o familias que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación de publicación del contenido de cartas, memorias, datos u otros escritos personales de carácter íntimo. La ilustre colega hace aquí unas atinadas consideraciones críticas finales sobre los supuestos de intromisiones ilegítimas planteadas en los cuatro apartados del art. 7 de la Ley Orgánica de 1982. También, plantea las excepciones a la protección del derecho a la intimidad, tales como la

inoperatividad de la *exceptio veritatis*, el papel de la veracidad como causa de justificación de la antijuricidad en la intromisión, puntualizando los requisitos necesarios de veracidad de la noticia, su relevancia pública y la ausencia de elementos superfluos en la divulgación de la noticia. Se concluye con el tratamiento de las excepciones del art. 8 de la Ley Orgánica de 1982, al referirse a los supuestos de exclusión de la antijuricidad de la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

Por último, se pone colofón final con el derecho a la intimidad en cuanto límite del derecho a la información, según el art. 20.4 de la Constitución española, enfrentándose con otras posiciones, ya que para esta ilustre autora la intimidad es un bien que por su marcado carácter individual y por estar referida a la integridad moral de las personas y al ámbito privado donde cada cual puede desarrollar su personalidad, debe ser respetado al máximo, sin que en otros casos impere ese interés general del que se habla sobre el interés particular, tal como también lo ha admitido la jurisprudencia más reciente.

La obra aporta una completísima bibliografía sobre el tema y tiene presente la actualización que llevó a cabo la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de reforma del Código penal vigente. Felicitamos cordialmente a nuestra colega por este conseguido estudio con el que alcanzó el máximo grado del doctorado.

JOSÉ BONET CORREA

ROVIRA JAÉN, Francisco Javier: «El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)», ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 352.

1. La obra objeto de esta recensión es fruto del interés que en el autor siempre ha suscitado el pacto de *lex commissoria*; en concreto, la elección del tema obedece a la preocupación del autor por lo que denomina «deterioro creciente» del pacto resolutorio expreso, para el caso de impago del precio en el plazo pactado, en las compraventas de inmuebles. Considera que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros al restar automatismo a la facultad resolutoria expresa han reducido su efectividad. Al autor le ha parecido necesario acudir al origen y a la evolución histórica de esta figura para comprender mejor el sentido de este pacto resolutorio y la necesidad de su existencia por la utilidad que proporciona. Pero como él mismo se ocupa de señalar, lo hace únicamente para analizar cómo, por qué surgió y cómo evolucionó, de tal forma que se pueda extraer su razón histórica y comprobar que muchas de las razones que dieron lugar a su aparición perduran hoy en día. Si bien son numerosas las monografías dedicadas a esta figura, la ahora comentada se destaca por el enfoque con el que se estudia.

2. La obra se divide en tres partes: la primera de ellas se ocupa del desarrollo histórico de la institución objeto de estudio; la segunda parte entra a

analizar cómo se encuentra configurado el pacto resolutorio en nuestro derecho vigente; y por último, acaba el autor haciendo una aplicación práctica de la doctrina y la concepción del pacto que ha expuesto a lo largo de la obra.

3. La gran extensión que ocupa la primera parte (prácticamente la mitad de la obra), dedicada al desarrollo histórico de la figura del pacto resolutorio para el caso de falta de pago en la compraventa inmobiliaria, está más que justificada por la transcendencia que va a tener en los resultados de la obra. No se trata de un mero apéndice histórico, como el mismo título de la obra indica, sino que resultarán de especial transcendencia las conclusiones que en ella se obtengan.

3.1. Con un excelente dominio y tratamiento de las fuentes clásicas (la bibliografía en esta materia es exhaustiva), se procede al análisis de la figura de la cláusula de *lex commissoria*, tal y como surgió en Derecho romano y se configuró en el derecho vulgar (con la notable influencia que el derecho griego va a tener en esta materia), así como su introducción en nuestro país a través del Código de Eurico, y el Fuero Juzgo, hasta llegar a las Partidas. Considera el autor que nuestra tradición se rompe con la elaboración del Código civil de 1889, debido a la fascinación que el *Code civil* francés provocó en nuestros legisladores. Esto le lleva a concluir que la justificación a la redacción de nuestros preceptos no hay que buscarla en nuestra tradición jurídica, sino en el derecho francés.

3.2. Siendo los preceptos del *Code* claros precedentes de nuestra regulación en esta materia, analiza Rovira Jaén los fundamentos de cada uno de ellos: del art. 1184 del *Code civil* como antecedente de nuestro art. 1124 CC y del artículo 1656 francés en relación con nuestro art. 1504 del mismo texto legal. Llega a la conclusión de que ambos preceptos responden a principios diferentes, por tanto, a diferencia de lo que sostiene la mayoría de nuestra doctrina y numerosas sentencias del Tribunal Supremo, el art. 1504 no es una especialidad del art. 1124, sino que responden a principios distintos y tienen por ello presupuestos distintos.

3.3. Los antecedentes de la facultad resolutoria implícita en los contratos sinalagmáticos (regulada en los arts. 1184 francés y 1124 de nuestro Código civil) hay que buscarlos, a juicio del autor, en el derecho romano. En concreto, en los contratos innominados del tipo *do ut des* y en la *condictio causa data causa non secuta* que permitía pedir la restitución de la cosa entregada cuando el que la había recibido no ejecutaba la prestación que le correspondía. Así mismo, los encontramos en el principio de derecho canónico *fragenti fidem, fides non est servanda*, por el que se extiende la regla reconocida para los contratos innominados, a todos los contratos consensuales. Por último, en la doctrina de Dumoulin seguida de la de Domat y Pothier.

3.4. En cuanto a los antecedentes de la resolución convencional, se encuentra la *lex commissoria* romana, cuyo fundamento se sitúa en la voluntad de las partes de que el impago en el día convenido provoque la resolución de pleno derecho, sin necesidad de acudir a los tribunales. En el derecho canónico se establece que el mero impago no debe ocasionar la resolución, por lo que será necesario poner en mora al comprador. Y, por último, el *Droit coutu-*

mier para el que no basta el *dies interpellat* para la constitución en mora, sino que es necesaria una *sommatio*.

3.5. Todo ello lleva a concluir que las diferencias entre la facultad resolutoria expresa e implícita indican que ambas instituciones son independientes. La principal característica de la facultad recogida en el art. 1504, el hecho de que se trata de una cláusula especial establecida a favor del vendedor, y sólo para el caso de falta de pago del precio en el plazo convenido.

4. La segunda parte del libro, como hemos indicado, se ocupa del derecho español vigente y está compuesta de dos capítulos. El primero de ellos está dedicado a la resolución de la venta inmobiliaria y el segundo a los efectos de la resolución.

4.1. Comienza Rovira Jaén el primero de los capítulos trasladando las conclusiones obtenidas del estudio histórico, de tal forma que distingue la facultad resolutoria implícita, regulada en el art. 1124 y la expresa, regulada en el art. 1504. Una de las primeras distinciones entre ambos preceptos, es considerar que el primero se refiere únicamente a la resolución judicial y el segundo a la resolución extrajudicial. Distinción que nosotros no compartimos porque desde los primeros momentos de la publicación del C.c., a pesar de que tenor literal de sus preceptos que se incline claramente por una resolución judicial, se admitió por la doctrina y la jurisprudencia, la posibilidad de un ejercicio extrajudicial de la resolución, dentro del ámbito del art. 1124 (siempre que el contratante incumplidor no se oponga). Además sostiene que mientras que el fundamento de la resolución del art. 1124 se encuentra en la teoría de la causa, la facultad resolutoria del 1504 tiene su origen en la voluntad de las partes.

4.2. Por esta razón, el autor se decanta por la posición que adoptan aquellos autores que sostienen que los arts. 1124 y 1504 tienen efectos y presupuestos distintos, por lo que no se complementan entre sí; posición totalmente contraria a la adoptada por la práctica unanimidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina que sostienen que ambos preceptos se complementan entre sí y tienen los mismos requisitos y presupuestos. Advierte Rovira Jaén, que dado el fundamento de la resolución expresa, resultan de especial importancia los términos en los que la cláusula queda redactada, para que produzca los efectos queridos por las partes, realizando un análisis de las distintas posibilidades.

4.3. Centrándose en el estudio de la facultad resolutoria expresa, aclara en primer lugar que no se trata de una condición resolutoria de la venta, sino de un poder atribuido al vendedor para resolver el contrato de venta en caso de impago del precio. Tal y como está configurado en nuestro ordenamiento, el poder resolutorio condicionado al impago del crédito es susceptible de inscripción especial con efectos reales frente a terceros (art. 11 LH). También es posible la posesión de rango registral, la hipoteca, su limitación en el tiempo y su renuncia como derecho inscrito y como asiento registral.

4.4. El autor dedica una especial atención a la cláusula resolutoria en el tráfico jurídico, puesto que tratándose de un valor que se integra en el activo patrimonial del vendedor, constituye un accesorio del crédito del precio apla-

zado, de lo que resulta la posibilidad de la cesión del crédito con condición resolutoria, (criterio que consideramos correcto, por contraposición a los autores que sostienen que sólo es posible la cesión del contrato, y no sólo del crédito). En cuanto a la transmisibilidad de la finca sujeta a condición resolutoria, señala que ésta es posible, si bien, la cláusula inscrita conforme al art. 11 LH, tiene eficacia frente al subadquirente posterior, aunque la deuda del pago del precio aplazado sólo vincula como deudor al primitivo comprador.

4.5. Por lo que respecta a la cancelación de la cláusula resolutoria, ésta puede tener lugar por diversos motivos, bien por extinción del crédito inscrito (por el pago efectuado por el comprador, o por la extinción del crédito por prescripción extintiva), bien por la caducidad del poder resolutorio inscrito (en el que analiza la denominada «rogación cancelatoria pesunta», a través de la certificación de cargas, y la «rogación cancelatoria directa» a través del negocio cancelatorio), o bien por la extinción del asiento registral.

4.6. Para el ejercicio del poder resolutorio, es necesario que el vendedor haya cumplido sus obligaciones y que el comprador haya incumplido el pago del precio en el tiempo convenido. Sostiene Rovira que este requisito del incumplimiento del comprador tiene unas características especiales según la teoría que se mantenga con relación a los arts. 1124 y 1504. Señala el autor que para los que sostienen que al art. 1504 le son aplicables los requisitos del art. 1124, es necesario que exista en el comprador una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento, requisito que se ha visto atemperado en la última jurisprudencia. Sin embargo, para los sostenedores de la teoría dualista, el art. 1504 es un artículo específico al que no resulta aplicable el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde. Puesto que él sostiene que ambos preceptos responden a principios distintos, dependiendo el art. 1504 de la voluntad de las partes, como forma de autotutela que tiene su base en el incumplimiento objetivo, no se exige la constatación de una voluntad deliberadamente rebelde (no tiene en cuenta el autor aquella parte de la doctrina que en el marco del art. 1124 señala la posibilidad de que exista incumplimiento resolutorio sin entrar a valorar la conducta del incumplidor, con la constatación de la frustración del fin del contrato).

En cuanto al impago por el comprador, considera que es válido el pacto que lo extiende, no sólo al precio, sino también a los intereses, problema distinto plantea la cuestión de si es posible su extensión al pago de los impuestos, resuelto por el autor de forma negativa.

4.7. Distingue Rovira dos fases en el proceso resolutorio. Una primera fase de constitución en mora del comprador. Por lo que respecta al requerimiento exigido por el art. 1504, sostiene que se trata de un requerimiento de pago, que respondiendo a su razón histórica, tiene la finalidad de constituir en mora al comprador; sin embargo, a partir de Manresa ha sido interpretado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española como un requerimiento resolutorio (notificación del vendedor de que opta por la resolución, dirigida al comprador para que se allane a la misma). Conforme a la fórmula ideal de redacción de la cláusula que propone el autor, el requerimiento del art. 1504 es concebido como requerimiento dirigido por el vendedor al comprador para

que realice el pago dentro del plazo fijado en el contrato o en el plazo de dos días admitido por el art. 204 del Reglamento Notarial, notificándole de manera subsidiaria la decisión de resolver la venta. Este requerimiento tiene como efecto la constitución en mora al comprador, que puede oponerse si no se cumplen los presupuestos para la misma (ej: existe incumplimiento del vendedor o el comprador ha efectuado el pago).

4.8. Agotada la primera fase del proceso resolutorio mediante la constitución en mora del comprador, queda expedita la segunda fase mediante el ejercicio del poder resolutorio por el vendedor, bastando una simple declaración dando por deshecha la venta (resolución de pleno derecho), y retransmitiéndose la propiedad de la finca a su favor. La formulación correcta es el acta de notificación como señala el art. 59 del Reglamento Hipotecario.

Se muestra contrario el autor a la interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General al requerimiento entendido como intimación a la resolución, a que el comprador se allane a ella, lo que lleva a que si el comprador se opone, es necesario acudir a los tribunales y la resolución no podrá inscribirse. Según Rovira, esto es contrario a la voluntad manifestada por las partes al celebrar el contrato, pactando la resolución en caso de impago.

4.9. Con relación a los terceros adquirentes y titulares de derechos reales sobre la finca, consolidada la resolución de la venta, quedan automáticamente extinguidas las cargas posteriores. Para proceder a su cancelación es necesaria la consignación establecida en el art. 175.6 del RH, pero no es necesario el consentimiento de sus titulares, sino únicamente la presentación del documento que acredite la resolución y la consignación del importe a devolver. Mientras que la DGRN sostiene que el requisito de la consignación es un requisito previo, no sólo para cancelar los asientos de terceros, sino también para reinscribir la finca a favor del vendedor, señala el autor de este libro, que el requisito del 175.6 es un requisito legal para cancelar los asientos de los terceros y presupone que la resolución ya ha tenido lugar.

4.10. El segundo capítulo de esta segunda parte está dedicado a los efectos de la resolución. Producida la resolución, es necesario que se pacte expresamente la retransmisión real de la propiedad para que la readquisición de la propiedad por el vendedor y la inscripción de la finca a su favor sea automática, sin necesidad del consentimiento del comprador. Conforme al sistema registral, es necesaria la tradición del comprador para la retransmisión de la propiedad, si la resolución pactada tiene carácter obligacional.

5. La tercera parte del libro la destina el autor a «La aplicación práctica del pacto resolutorio en la venta». Las características, efectos y presupuestos del pacto resolutorio dependerán en gran medida de su redacción, de ahí la preocupación del autor por los términos que se empleen en la cláusula resolutoria. Partiendo de que el requerimiento exigido por el art. 1504, es un requerimiento de pago, propone que para una mayor eficacia del pacto resolutorio, se pacte su ejercicio unilateral por parte del vendedor en caso de impago del precio en el plazo estipulado, de tal forma que hecho el requerimiento de pago y constituido el deudor en mora, se produzca la resolución del contrato de pleno

derecho y la retransmisión automática de la propiedad de la cosa a favor del vendedor. La base de tal cláusula se sitúa en los arts. 11 de la LH, 1504 del C.c. y 59 del RH.

5.1. El autor sostiene que conforme a la teoría mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina, según la cual el requerimiento del art. 1504 va dirigido al comprador para que se allane a la resolución, el pacto resolutorio sería una cláusula que eliminaría el requerimiento de pago y produciría la resolución sin previa constitución en mora. Esta cláusula significaría que es necesario que el comprador preste su consentimiento a la resolución, una vez producido el incumplimiento. Rovira Jaén se opone totalmente a esta concepción, sosteniendo que el comprador no puede oponerse a la resolución, sino únicamente a si se cumplen o no los presupuestos para que la misma tenga lugar. Además, con este tipo de cláusula, la resolución no provoca la retransmisión automática del dominio al vendedor sino que es necesario que se otorgue escritura por la que el comprador retransmita la propiedad al vendedor.

5.2. El autor, dada su condición de notario, es consciente de la importancia que desempeñan en la determinación de este derecho las fórmulas empleadas. Por esta razón dedica esta última parte del libro a realizar un ensayo de cláusula resolutoria unilateral; de las fórmulas empleadas en su negociación (posposición de rango registral de la condición resolutoria, de la cesión del crédito con condición resolutoria y de la transmisión de la finca con condición resolutoria); del ejercicio del poder resolutorio; de la liquidación de la resolución y de la cancelación de la condición resolutoria. Se dedica un apartado especial al ejercicio unilateral del poder resolutorio conforme al ensayo de cláusula resolutoria propuesta por él.

6. La obra de Rovira Jaén se encuadra dentro de la amplísima bibliografía dedicada a la facultad resolutoria recogida en el art. 1504 para las compraventas inmobiliarias. Es de destacar el cuidadoso estudio que se hace desde el punto de vista histórico y la importancia que en el resto de la obra tienen los resultados obtenidos de este estudio. Gracias a la condición de notario del autor de la obra, toda ella ha quedado impregnada de un aspecto práctico que quizá se echa en falta en otras obras dedicadas a la materia. En contra de la jurisprudencia que interpreta restrictivamente la cláusula resolutoria, el autor apuesta abiertamente por la vigencia de la cláusula y defiende su validez y justicia. Se muestra contrario a la doctrina que reduce la posibilidad de la resolución extrajudicial hasta lo que él mismo llama «su casi total desaparición», denegando la reinscripción automática de la finca a favor del vendedor cuando el comprador no se allana a la resolución.

WITZ, Claude: «Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)», ed. L.G.D.J, Paris, 1995, págs. 175.

1. Este libro se suma a la numerosa literatura existente en torno a la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, celebrada en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante CV). Su aparición ha sido necesariamente posterior a los numerosos comentarios y artículos publicados con motivo de la Convención, puesto que su objeto consiste en el análisis de la jurisprudencia que ha comenzado a aplicarla.

1.2. La Convención ha sido ratificada, hasta el momento, por cuarenta países, y se han contabilizado un centenar de sentencias que la aplican. Resulta importante constatar la existencia de países que tienen un gran número de decisiones jurisprudenciales que la aplican frente a otros que en raras ocasiones lo hacen. La mayoría de las decisiones jurisprudenciales pertenecen al ámbito europeo, destacando en número Alemania y Holanda, así como Italia y Suiza. El autor encuentra en parte justificación a esta disparidad en que países como Alemania y Holanda ya tenían cierta experiencia con la unificación pues ratificaron y aplicaron en su momento las dos Convenciones de la Haya de 1964 en materia de compraventa.

1.3. El estudio de las primeras decisiones jurisprudenciales en torno a la Convención es especialmente interesante. Como han señalado numerosos autores tan importante es el texto de la Convención como la interpretación que del mismo se haga. Es patente la necesidad de la uniformidad en su aplicación si se quiere conseguir un derecho uniforme en la materia como expresamente menciona el art. 7. 1 CV.

2. En cuanto a la exposición de las distintas sentencias, la obra es respetuosa con la propia estructura de la Convención, de tal forma que clasifica las decisiones jurisprudenciales en tres partes: una primera parte se ocupa de los aspectos relativos al campo de aplicación de la CV; una segunda, está dedicada a la formación de la venta y una tercera parte se consagra a los efectos de la venta.

3. Por lo que respecta al campo de aplicación de la CV, resulta especialmente interesante la jurisprudencia que se enfrenta al problema de determinar el alcance del art. 4, que establece que la CV no se ocupa ni de la validez del contrato ni de los efectos del mismo sobre la propiedad. La jurisprudencia ha tenido que precisar que es necesario no confundir aquellas materias que no están cubiertas por la CV con aquellas que si bien están regidas por ella, plantean una cuestión que no está expresamente tratada por la CV.

3.1. Una de las cuestiones más discutidas por la doctrina con motivo de la validez del contrato, es si el error sobre una cualidad sustancial de la cosa, está o no regulada en la CV a través de los mecanismos establecidos para la falta de conformidad de las mercaderías. La respuesta es difícil, dado el tenor del art.4. Curiosamente, se trata de una controversia exclusivamente doctrinal, sólo existe una sentencia que haya abordado esta cuestión y no lo ha hecho de manera satisfactoria. El tema se planteó como error en las cualidades sustan-

ciales de la cosa (se trataba de un comprador italiano que encargaba a un vendedor alemán, unas prótesis auditivas que no eran susceptibles de ser revendidas en el mercado italiano) en lugar de plantearse en términos de conformidad o no de la mercadería.

3.2. En lo referente a aquellas materias competencia de la CV pero no expresamente reguladas por ella, el art.7 establece que se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que la CV se inspira y en su defecto, conforme a la ley aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado. A pesar de las dificultades que ello planteaba, considera Witz que dicho precepto no ha resultado maltratado por la jurisprudencia. En dos casos se han planteado problemas de lagunas. Uno de ellos referente al tipo de interés aplicable en los intereses moratorios, la falta de acuerdo al elaborar el texto de la convención hizo que no se estableciera. El otro caso es el relativo a la denominada teoría de la imprevisión reconocida por algún ordenamiento nacional, cuya jurisprudencia al aplicar la CV niega su admisibilidad en este campo puesto que no esta reconocida en el texto de la CV.

3.3. Por lo que se refiere a la exclusión de la CV por voluntad de las partes, posibilidad contemplada por el art. 6, se ha admitido que esta exclusión puede hacerse de manera tácita, siempre y cuando quede clara la voluntad de las partes en tal sentido. En caso de duda acerca de la existencia de dicha voluntad, prevalece el principio de aplicabilidad de la CV. Este razonamiento queda recogido en una serie de decisiones alemanas que están impregnadas de un claro *favor conventionis*, reflejo de las soluciones que los jueces alemanes ya consagraron bajo el imperio de la LUCI, aunque todavía no está claro que las jurisdicciones de otros países tomen la misma dirección. El autor propone que si las partes quieren descartar la aplicación de la CV, es mejor que lo hagan constar de forma expresa, con lo que se evita cualquier contencioso al respecto.

4. En el capítulo dedicado a la formación de la venta, la jurisprudencia se ha tenido que pronunciar con motivo del silencio o comportamiento concluyente del destinatario de una oferta, recalcando la importancia del art. 8 en la formación del contrato. La jurisprudencia ha sostenido que si bien el principio es que el silencio del destinatario de una carta de confirmación no supone aceptación, es posible, en determinadas circunstancias que el destinatario de una carta, de la que no aprueba sus términos, puede verse obligado a reaccionar en un plazo razonable para evitar quedar ligado por ella. Queda patente que en la práctica la frontera entre el silencio (art. 18.2) por un lado, y el comportamiento del destinatario indicando que admite una oferta por otro lado, no resulta siempre fácil de hacer.

4.1. El autor dedica una especial atención a la jurisprudencia relativa a la exigencia de precio determinable o por determinar. Sobre esta materia las decisiones más interesantes emanan de la jurisdicción húngara. Mientras que el art. 14 establece que el precio determinado o determinable es un elemento constitutivo de la oferta, el art. 55 parece admitir que se celebre el contrato sin precio, en cuyo caso se entiende que las partes se han referido tácitamente al precio de mercado. La Corte Suprema húngara hace prevalecer la tesis de que la venta no puede tener lugar sin precio, decisión que ha sido muy criticada.

5. El capítulo dedicado a los efectos de la venta proporciona resultados muy interesantes, y muestra claramente la necesidad de que exista uniformidad en la aplicación de la CV. La CV realiza una síntesis de las diferentes obligaciones que numerosos derechos nacionales (sobre todo los que han heredado del derecho romano la garantía de vicios ocultos) ponen a cargo del vendedor en lo que respecta a la conformidad del bien vendido. La CV no distingue entre garantía de vicios ocultos y obligación de entrega: el vendedor debe entregar mercancías conformes. La jurisprudencia que aplica la noción de falta de conformidad ideada por la CV no se ha encontrado con ningún obstáculo, el problema lo han planteado las disposiciones de la CV que obligan al comprador a desempeñar un papel activo si quiere preservar sus derechos.

6. La síntesis realizada por la CV supone un progreso. En cuanto a la apreciación de la no conformidad, se trata sobre todo de una cuestión de hecho. Uno de los primeros problemas que se plantearon ante el silencio de la CV al respecto, fue el relativo a la carga de la prueba de la falta de conformidad. Existen dos decisiones jurisprudenciales sobre esta cuestión. Ambas establecen que la carga de la prueba de la falta de conformidad corresponde al comprador aunque el razonamiento empleado por ellas difiera.

6.1. La CV establece el deber del comprador de examinar las mercaderías en el plazo más breve posible y denunciar la falta de conformidad en un plazo razonable, precisando la naturaleza del defecto. Si el comprador incumple alguno de estos deberes, no podrá valerse de la falta de conformidad (aunque bajo determinadas circunstancias el comprador puede escapar de esta pérdida).

6.1.1 La sanción de la pérdida de sus derechos por parte del comprador se ha aplicado en numerosos casos porque no existía una denuncia, en un plazo razonable, de la falta de conformidad. El autor comprueba que a menudo los jueces constatan si ha habido una denuncia por parte del comprador antes de comprobar la existencia o no de incumplimiento: una vez que establecen que no ha habido denuncia, los jueces se evitan el tener que entrar a analizar la cuestión fundamental de la existencia de un incumplimiento. La CV habla de un plazo razonable en la denuncia, pero además establece un plazo máximo de 2 años, plazo que todavía no ha sido objeto de aplicación jurisprudencial. Este aspecto de la CV ha sido objeto de aplicación sobre todo por los tribunales alemanes que se han mostrado excesivamente rigurosos en su aplicación. La severidad de la jurisprudencia alemana ha sido fuertemente criticada, temiéndose que próximamente aparezcan disparidades entre jurisdicciones nacionales. Aunque está claro que no es posible establecer plazos precisos, ya que la apreciación del plazo debe depender de las circunstancias del caso, especialmente del carácter percedero o no de las mercaderías, de la facilidad o no de apreciación de los defectos y de la cantidad de mercaderías entregadas. El autor considera acertado que sean las partes quienes fijen el plazo de denuncia, de tal forma que eviten las dificultades de la apreciación del carácter razonable del mismo.

7. La CV establece una serie de remedios de los que la práctica ha demostrado que algunos son empleados por las partes en raras ocasiones, se trata de la ejecución forzosa del contrato, la reducción del precio y la posibilidad de que el deudor proponga reparar a su costa la falta a sus obligaciones. Por lo que respecta a la suspensión unilateral del contrato que una de las partes puede llevar a cabo cuando parece que la otra no ejecutará una parte esencial de sus obligaciones, ha sido objeto de una aplicación interesante por parte de la jurisprudencia. Siguiendo a la doctrina dominante, en una ocasión el tribunal señaló que no cabía la suspensión porque no se había cumplido el requisito de informar a la otra parte.

7.1. La resolución, como sucede con la entrega de mercancías de reemplazo requiere que exista un incumplimiento esencial (definido en el art. 25). En cuanto a la apreciación del carácter esencial del incumplimiento, existen numerosas decisiones jurisprudenciales, en las que hay que distinguir según el tipo de incumplimiento del que se trate.

Cuando existe una entrega de mercancías no conformes, la jurisprudencia ha recogido la opinión de la doctrina dominante, y considera que si son mercancías destinadas a la reventa, no existe incumplimiento esencial cuando todavía resultan comercializables.

Con respecto a la entrega tardía, la técnica del otorgamiento de un plazo suplementario facilita la puesta en marcha de la resolución. Considera Witz que determinadas decisiones alemanas han caído en el error de establecer que si el comprador no ha otorgado este plazo suplementario se le cierra la vía de la resolución, por lo que no han entrado a valorar si la entrega tardía constituía o no un incumplimiento esencial.

En lo referente a la entrega parcial, no hay una jurisprudencia interesante en la materia.

A diferencia del simple retraso en el pago, la falta de pago del precio constituye normalmente un incumplimiento esencial del contrato. Los jueces han tenido ocasión de establecerlo con motivo de la resolución anticipada recogida en el art. 72.1.

Por último, con relación a la posibilidad de declarar la resolución por la violación de obligaciones secundarias, cuando constituye un incumplimiento esencial del contrato, los jueces han admitido de forma implícita que la violación de un pacto de exclusiva puede constituir un incumplimiento esencial.

7.2. Los jueces han admitido que la resolución puede resultar de un comportamiento concluyente, siempre que ese comportamiento no se preste a equívoco. La exigencia de un plazo razonable en el ejercicio de la resolución hace que los jueces en su apreciación tengan en cuenta todas las circunstancias del caso. Se ha observado una disparidad entre las jurisdicciones nacionales en cuanto a la consideración del plazo razonable. Mientras unas veces se considera que el plazo para la denuncia de la falta de conformidad es el mismo que el plazo para resolver, otras veces se sostiene que el plazo para la resolución es más largo que el plazo para la denuncia.

7.3. Por lo que respecta a la indemnización de daños, los jueces han precisado que entre los daños reparables han de incluirse los gastos ocasionados para suprimir o atenuar el daño causado por el incumplimiento del contrato. También han considerado que son pérdidas reparables los gastos ocasionados por el ejercicio apropiado de vías de derecho.

7.4. La jurisprudencia relativa a los intereses moratorios resulta especialmente interesante. Ante el silencio de la CV en lo que respecta al tipo de interés, los jueces han tenido que decidir como establecerlo. En la casi totalidad de las decisiones dadas hasta este momento, los jueces han acudido a la ley aplicable conforme a las reglas de derecho internacional para establecer el tipo de interés. En numerosas ocasiones los jueces han podido esquivar la dificultad puesto que los tipos consagrados por las dos leyes en concurso eran los mismos.

7.5. En cuanto a la exoneración de responsabilidad por imposibilidad de ejecución recogida por la CV, se han planteado problemas cuando existe una excesiva onerosidad de la prestación. Ante el silencio de la CV, las sentencias que se han tenido que pronunciar al respecto han señalado que el régimen establecido por la CV es un régimen cerrado y no cabe permitir la entrada a derechos nacionales que acogen la teoría de la imprevisión.

8. De todo lo anterior se puede extraer una conclusión bien clara, la CV está siendo objeto de aplicación y resulta patente la necesidad de que se promueva la unidad en la interpretación de la misma para evitar la falta de uniformidad. El autor muestra un cierto optimismo, puesto que al analizar la jurisprudencia, no observa grandes desviaciones.

8.1 Como acertadamente afirma el autor, uno de los mayores peligros con el que nos enfrentamos es la tendencia natural que tienen los juristas de trasladar al marco de aplicación del nuevo derecho uniforme, las soluciones de su derecho interno. Esto se explica por varias razones, el jurista nacional se inclina de forma inconsciente a aplicar las soluciones que conoce mejor y un sentimiento de fidelidad refuerza su inclinación hacia su propio derecho; o bien al contrario, actúa confiando en la idea, hoy muy extendida, de que el derecho de obligaciones y contratos es el mismo en todos los países y que la CV no es más que la expresión de este fondo común. Sería muy positivo que los jueces nacionales fueran conscientes de que sus decisiones contribuyen a la edificación de una jurisprudencia de alcance internacional. Para ello considera muy importante que se respeten escrupulosamente las normas de la CV y que la motivación de las decisiones sea rigurosa y suficiente.

8.2. El autor del libro está claramente convencido de que la uniformidad de la aplicación de este texto internacional se consigue a través de una interpretación uniforme de sus disposiciones. Por ello, toda la obra está impregnada de una clara finalidad, analizar las primeras aplicaciones jurisprudenciales del nuevo derecho uniforme, y mostrar a los juristas las soluciones que se están dando en el marco de la aplicación de la CV. Muestra las zonas sensibles en la aplicación de la misma, como son el tema de la exclusión de la CV por voluntad tácita de las partes y sobre todo, la apreciación del carácter razonable

tanto del plazo de denuncia de los defectos como de la declaración de resolución. Esta obra viene a ser el complemento perfecto para los profesionales que tienen que invocar y aplicar la CV puesto que ofrece una visión completa de aplicación de la CV por las jurisdicciones nacionales, permitiendo un estudio comparado de todas ellas, tal y como propugna el art. 7 CV.

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.— II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.— III. Derecho urbanístico.— IV. Derecho comunitario.— V. Derecho procesal.— ABREVIATURAS.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **BELLO JANEIRO, Domingo:** La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, RJN, núm. 14, 1995, págs. 9 y ss.

2. **BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio:** La unificación del Derecho privado, RJN, núm. 13, 1995, págs. 51 y ss.

3. **BONET NAVARRO, Angel:** La motivación de las sentencias. Fundamento político y técnico. Brevedad de la sentencia no equivale a falta de motivación; ni prolijidad es igual a motivación suficiente. Motivaciones defectuosas y motivaciones desnaturalizadas; los supuestos de motivación implícita y por remisión, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 313 y ss.

Comentario a la STS de 20 de octubre de 1995.

4. CLIMENT DURÁN, Carlos: El contenido del Derecho civil especial valenciano, RGD, marzo 1996, págs. 1605 y ss.
5. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: La aplicación del Derecho extranjero por los notarios, AAMN, t. XXXV, págs. 171 y ss.
6. MARÍN LÓPEZ, Antonio: Las características generales del Derecho Internacional privado en las recientes codificaciones europeas, RDP, abril 1996, págs. 281 y ss.
7. PÉREZ VOITURIEZ, A.: El reenvío en el Derecho Internacional Privado español: Una interpretación actualizada, RJN, núm. 13, 1995, págs. 257 y ss.
8. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos, RJNav., núm. 20, 1995, págs. 15 y ss.
9. VALLET DE GOYTISOLO, Juan: La determinación notarial del derecho, AAMN, t. XXXV, págs. 465 y ss.
10. VILLALBA LAVA, Mercenario: El fuero de Baylio: el Derecho foral de la Comunidad de Extremadura, Actualidad Civil, núm. 29, 1996, págs. 647 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

11. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: La representación aparente, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 1113 y ss.
12. CUCHI DENIA, Javier Manuel: La libertad de información *versus* el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?, RGD, abril 1996, págs. 3489 y ss.
13. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1995, Actualidad Civil, núm. 27, 1996, págs. 597 y ss.
14. GALLARDO MOYA, Rosario: Derecho de asociación y exigencia de democracia interna de los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo), DPC, núm. 8, 1996, págs. 237 y ss.
15. GARCÍA RUBIO, María Paz: La ausencia no declarada en la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, RDP, mayo 1996, págs. 350 y ss.
16. IGLESIAS REDONDO, Julio I.: Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción, Actualidad Civil, núm. 17, 1996, págs. 387 y ss.

17. JIMENA QUESADA, L. y TOMÁS MALLEN, B.S.: El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, RGD, marzo 1996, págs. 2135 y ss.

18. LETE DEL RÍO, José Manuel: Adquisición de la nacionalidad por otorgamiento de carta de naturaleza, Actualidad Civil, núm. 18, 1996, págs. 399 y ss.

19. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, RGD, junio 1996, págs. 6501 y ss.

20. SALVADOR CODERCH, Pablo: Derecho al honor y derecho a las libertades de información y expresión, CJC, núm. 39, 1995, págs. 851 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 297/1994, de 14 de noviembre.

3. PERSONA JURÍDICA

21. CARRANCHO HERRERO, María Teresa: La extinción de fundaciones, DPC, núm. 8, 1996, págs. 15 y ss.

22. DÍAZ BRITO, Francisco, J.: El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canarias, DPC, núm. 8, 1996, págs. 119 y ss.

23. FERRER RIBA, Josep: Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor, RJC, núm. 3 de 1996, págs. 761 y ss.

24. GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (Un análisis jurisprudencial), RCDI, núm. 633, 1996, págs. 505 y ss.

25. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: El patrimonio de las fundaciones; su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994, RGD, abril 1996, págs. 3309 y ss.

26. MARÍN LÓPEZ, Juan José: Fundaciones: carácter unipersonal o colegiado del Patronato. Fundación constituida por testamento ológrafo; interpretación del testamento. Conflicto de jurisdicción en materia de fundaciones: jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa. Litisconsorcio pasivo necesario e intervención del protectorado, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 869 y ss.

Comentario a la STS de 1 de marzo de 1995.

27. NIETO ALONSO, Antonia: El órgano de gobierno en las fundaciones de interés gallego (notas en torno al patronato), DPC, núm. 8, 1996, págs. 145 y ss.

28. PRADA GONZÁLEZ, José María de: Los estatutos y su modificación, DPC, núm. 8, 1996, págs. 45 y ss.

Análisis de la regulación, relativa al contenido normativo y a la modificación de los estatutos de las Fundaciones, establecida en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, sobre Fundaciones.

29. SARAZA JIMENA, Rafael: El honor de las personas jurídicas, Actualidad Civil, núm. 23, 1996, págs. 495 y ss.

30. SERRANO GARCÍA, Ignacio: Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994, RJN, núm. 14, 1995, págs. 159 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

31. ALBALADEJO, Manuel: La precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento en la Jurisprudencia, RDP, marzo 1996, págs. 183 y ss.

32. ID: Arras de desistimiento y arras penales, RDP, junio 1996, págs. 427 y ss.

33. ID: Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción, RDP, julio-agosto 1996, págs. 523 y ss.

34. ALCAIN MARTÍNEZ, Esperanza: Consecuencias jurídicas del pago total de la deuda por un cofiador, RDP, mayo 1996, págs. 370 y ss.

35. ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: Subrogación del avalista «solvens» en la fianza extracambiaria del crédito cartular, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 111 y ss.

Comentario a la STS de 24 de julio de 1995.

36. ÁLVAREZ MERINO, J y SOBRINO FERNÁNDEZ, J.M.: Cuestiones procesales en torno a la nueva Ley de Arrendamientos urbanos, RGD, abril 1996, págs. 3385 y ss.

37. ARPIO SANTACRUZ, Juan, I.: Tercería de mejor derecho; pólizas; preferencia y prelación de créditos entre póliza de préstamo y póliza de apertura de crédito, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 383 y ss.

Comentario a la STS de 30 de octubre de 1995.

38. **ATAZ LÓPEZ, Joaquín:** Ruptura de la convivencia «more uxorio». Cesión gratuita del uso de un piso. Donación de inmueble y cesión de su usufructo en documento privado: nulidad radical sin posibilidad de pedir su elevación a escritura pública. Inaplicabilidad de la doctrina de los propios actos si la donación nula fue voluntariamente cumplida. Posesión en concepto de dueño, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 889 y ss.

Comentario a la STS de 3 de marzo de 1995.

39. **BARCELÓ DOMENECH, Javier:** Responsabilidad de la entidad pública por muerte del menor sometido a tutela, CCJC, núm. 40, 1995, págs. 225 y ss.

Comentario a la STS de 5 de octubre de 1995.

40. **BELLO JANEIRO, Domingo:** El depósito de las fianzas en las Comunidades Autónomas en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, La Ley, 1995-94, págs. 885 y ss.

41. **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:** Responsabilidad derivada de productos defectuosos en contrato de hostelería. Prescripción. Incongruencia. Eficacia de las Directivas de la Comunidad Europea. Eficacia de la LGDCU, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 937 y ss.

Comentario a la STS de 18 de marzo de 1995.

42. **BONET NAVARRO, Angel:** El acceso al recurso de casación en los juicios arrendaticios (Comentario a los Autos del T.S. de 4 de julio de 1995), DPC, núm. 7, 1995, págs. 333 y ss.

43. **CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio:** Responsabilidad por vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria. Solidaridad. Reparación de los daños, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 925 y ss.

Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995.

44. **CARRASCO PERERA, Angel:** Denegación de prórroga por causa de necesidad del arrendador; enajenación de la vivienda recuperada. Indemnización de daños y perjuicios: compensación de los daños con las ventajas obtenidas por el arrendatario como consecuencia del desalojo, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1025 y ss.

Comentario a la STS de 16 de mayo de 1995.

45. **CARRIÓN, Salvador:** Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla), Actualidad Civil, núm. 35, 1996, págs. 775 y ss.

46. **CERDÁ GIMENO, José:** Unas notas de recuerdo sobre la conservación de la garantía patrimonial y la protección del derecho de crédito, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 1077 y ss.

47. **CLIMENT DURÁN, Carlos:** Los arrendamientos históricos valencianos: posibilidad de constituirlos en la actualidad, RGD, junio 1996, págs. 6579 y ss.

48. **CONTIJOCH, Ramón:** Naturaleza, problemática y resolución de los contratos de arriendo de los profesionales liberales, RJC, núm. 2, 1996, págs. 469 y ss.

49. **ID:** Valor y eficacia de la opción ejercitada por el inquilino en el supuesto de oponerse a la «actualización» de la renta a cambio de la extinción del contrato a los ocho años, RJC, núm. 3, 1996, págs. 789 y ss.

50. **CORDERO LOBATO, Encarna:** Hipoteca en garantía de obligación ajena: inaplicación de las acciones de relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 237 y ss.

Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995.

51. **CRESPO PÉREZ, Juan de Dios:** La contratación internacional, RGD, junio 1996, págs. 6533 y ss.

52. **CRISTÓBAL MONTES, Angel:** La previa excusión del deudor en la acción subrogatoria, RDP, noviembre de 1995, págs. 995 y ss.

53. **ID:** La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 1023 y ss.

54. **DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, María:** Defensor judicial y prodigalidad. Compraventas de fincas en las que interviene el defensor judicial del declarado pródigo, tras acordarse la remoción de la curatela. Doble cualidad de defensor judicial y de apoderado. Contraposición de intereses. Insuficiencia del documento judicial presentado para acreditar el nombramiento de defensor judicial. Ausencia de poder de disposición del defensor judicial. Falta de autorización judicial para enajenar, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1007 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de mayo de 1995.

55. **DÍAZ FRAILE, Juan María:** La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión, RCDI, núm. 633, 1996, págs. 527 y ss.

56. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:** El «animus donandi», *AAMN*, t. XXXV, págs. 305 y ss.

57. **DURÁN RIVACOBA, Ramón:** Legitimación procesal. Herederos abintestato. Nulidad de los negocios jurídicos. Compraventa que encubre donación remuneratoria. Poderes de oficio del Tribunal e incongruencia, *CCJC*, núm. 40, 1996, págs. 325 y ss.

Comentario a la STS de 24 de octubre de 1995.

58. **DURO VENTURA, Cesáreo:** Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Principales aspectos prácticos de la nueva regulación y problemática de su aplicación, *RGD*, abril 1996, págs. 3289 y ss.

59. **EGUSQUIZA BALMASEDA, María de los Ángeles:** Opción de compra: perfección. Artículo 1.262.II CC: emisión y recepción, *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 997 y ss.

Comentario a la STS de 24 de abril de 1995.

60. **FELIÚ REY, Manuel Ignacio:** Opción de compra. Incumplimiento previo del concedente por constitución de hipoteca. Improcedencia de resolución. Buena fe: alcance de la contratación; concepto objetivo, *CCJC*, núm. 40, págs. 357 y ss.

Comentario a la STS de 26 de octubre de 1995.

61. **FELIZ MARTÍNEZ, Irene Isabel:** El régimen de las explotaciones familiares agrarias en la Ley de 4 de julio de 1995, *Actualidad Civil*, núm. 22, 1996, págs. 481 y ss.

62. **FENOY PICÓN, Nieves:** Contrato de obra. Su distinción con la compraventa. «Causa petendi»: principio de sustanciación. Defectos de la cosa. Posibilidad de repararlos. Acción resolutoria del artículo 1.124.I CC. Incumplimiento grave y trascendente: objeto inútil al fin señalado en el contrato, *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 977 y ss.

Comentario a la STS de 18 de abril de 1995.

63. **FRAGA MANDIAN, Antonio:** Sobreprecio y viviendas de protección oficial, *La Ley*, 1995-94, págs. 1114 y ss.

64. **GARCÍA MAS, Francisco Javier:** Comentarios a la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias, *Actualidad Civil*, núm. 30, 1996, págs. 681 y ss.

65. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: Derecho a la integridad física y responsabilidad médica; esterilización no consentida, practicada a lo largo de una intervención quirúrgica acordada entre médico y pariente, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1063 y ss.

Comentario a la STS de 25 de mayo de 1995.

66. GÓMEZ MENDOZA, María: Aportaciones jurisprudenciales recientes en materia de tarjetas de crédito (SAP de Alicante de 12 de julio de 1994, Málaga de 9 de septiembre de 1994, Valencia de 10 de octubre de 1994, Valencia de 20 de febrero de 1995, Pontevedra de 27 de marzo de 1995), RDBB, núm. 62, 1996, págs. 475 y ss.

67. GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores: Ejercicio del crédito por un acreedor solidario. Actos perjudiciales al resto de los acreedores. Solidaridad y condominio, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 29 y ss.

Comentario a la STS de 3 de junio de 1995.

68. HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: Compraventa internacional (Convenio de Viena 1980), RGD, mayo 1996, págs. 4967 y ss.

69. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio: Responsabilidad civil del perito por avalúo incorrecto de los bienes ajenos sujetos a ejecución. Clases de peritaje: naturaleza y fundamento de la responsabilidad, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 265 y ss.

Comentario a la STS de 16 de octubre de 1995.

70. JIMÉNEZ DE LLANO Y ZATO, M.ª Asunción: La trascendencia de las disposiciones transitorias de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, La Ley, 1995-94, págs. 839 y ss.

71. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo: A propósito del «Primer informe sobre la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» (85/374 CEE), Actualidad Civil, núm. 26, 1996, págs. 557 y ss.

72. JORDANO FRAGA, Francisco: Término inicial para el cómputo del plazo inicial de la caducidad de la acción revocatoria o pauliana, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 151 y ss.

Comentario a la STS de 4 de septiembre de 1995.

73. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: La deuda de intereses, AAMN, t. XXXV, págs. 115 y ss.

74. LETE DEL RÍO, José Manuel: Compraventa; venta de inmueble con vicios ocultos. Plazo de caducidad de la acción estimatoria o «quantum minoris». «Dies a quo»: tradición real y tradición instrumental. Prueba de presunciones. Acumulación de acciones, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 393 y ss.

Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1995.

75. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, M.: La gestión típica derivada del mandato, RDP, julio-agosto 1996, págs. 553 y ss.

76. MARSAL GUILLAMTE, Juan: Resolución de compraventa. Mejoras efectuadas en la cosa vendida por el comprador antes de la resolución del contrato. Enriquecimiento injusto, CCJC, núm. 40, 1995, págs. 255 y ss.

Comentario a la STS de 13 de octubre de 1995.

77. MARTÍN ARESTI, Pilar: Licencia exclusiva de patente; falta de inscripción de la licencia en el Registro de Patentes; legitimación del licenciatario exclusivo no inscrito para ejercitar la acción de nulidad de la patente. Acción de nulidad de la patente. Necesidad de justificar el perjuicio. Titular de un derecho de preuso: interés en la declaración de nulidad, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 297 y ss.

Comentario a la STS de 18 de octubre de 1995.

78. MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa: Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), RCDI, núm. 634, 1996, págs. 1937 y ss.

79. MARTÍN PÉREZ, José Antonio: Acción rescisoria por fraude de acreedores. Subsidiariedad: ejercicio frente a un deudor o cofiador solidario. «Consilium fraudis»: acreditación de la complicidad del adquirente. Diligencias para mejor proveer. Tutela judicial efectiva, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 163 y ss.

Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995.

80. MARTÍNEZ DE ARAGÓN Y ARRIETA, Felipe: Cláusulas que los contratos de arrendamiento pueden contener por obra de la voluntad de las partes. Régimen jurídico de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad al día 1 de enero de 1995, RGD, marzo 1996, págs. 1725 y ss.

81. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, RDP, junio 1996, págs. 464 y ss.

82. MERCADAL VIDAL, Francisco: Contrato de distribución en exclusiva: extinción por el mutuo disenso producido entre las partes cuando una de ellas exige de la contraria, para continuar en la relación, la alteración de una de las estipulaciones esenciales del contrato sin llegarse a ningún acuerdo en cuanto a la modificación reclamada; improcedencia de reprochar un abuso de derecho o una conducta contraria a la buena fe contractual a la parte que se niega a la modificación requerida; inexistencia en tal caso de daños y perjuicios indemnizables, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 273 y ss.

Comentario a la STS de 17 de octubre de 1995.

83. MORO ALMARAZ, María Jesús: Relatividad de los contratos. Reserva de dominio sobre bienes muebles incorporados y revertidos al Ayuntamiento. Adesión y enriquecimiento injusto, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1073 y ss.

Comentario a la STS de 26 de mayo de 1995.

84. MUNAR BERNAT, Pedro, A.: Arrendamiento inscrito, no inscrito y ejecución hipotecaria. A propósito del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, RGD, mayo 1996, págs. 4953 y ss.

85. PASQUAU LIAÑO, Miguel: Contrato verbal de obra: indeterminación del precio pactado; carga de la prueba; denegación de pruebas no propuestas en forma. Plazo de prescripción de la acción del contratista para el cobro del precio: inaplicabilidad del plazo trienal del artículo 1.967 CC, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1191 y ss.

Comentario a la STS de 10 de julio de 1995.

86. PAU PEDRÓN, Antonio: La capacidad en los negocios sobre inmuebles, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 723 y ss.

87. PINTO MONTEIRO, Antonio: El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, RDM, núm. 219, 1996, págs. 79 y ss.

88. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando: Contrato de transporte de viajeros. Colisión de trenes. Responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual. Principios de congruencia de las sentencias e «iura novit curia». Prescripción de la acción, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 285 y ss.

Comentario a la STS de 18 de octubre de 1995.

89. RUBIO GARRIDO, Tomás: Excepcionalidad e interpretación restrictiva de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios. Naturaleza y valor del «derecho de enervación» de la entidad acreedora. Trascendencia de la acreditación del importe del crédito hipotecario en que se pretende la subrogación. Subrogación parcial. Falta subsanable en los documentos que recogen la subrogación, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 97 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 19 de julio de 1995.

90. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: Contrato de arrendamiento de servicios artísticos en exclusiva: posible extensión de su eficacia a terceros. Competencia desleal. Infracción de los derechos de producción fonográfica. Desconocimiento por el tercero de la existencia de la exclusiva: cláusula de asunción de responsabilidad por el propio artista concedente de la exclusiva, inserta en el contrato posterior, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 947 y ss.

Comentario a la STS de 20 de marzo de 1995.

91. SÁNCHEZ HERERO, José Ramón: Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, Actualidad Civil, núm. 31 de 1996, págs. 705 y ss.

92. SANTOS BRIZ, Jaime: Cuestiones relacionadas con los diversos intereses y su régimen jurídico, RDP, julio-agosto 1996, págs. 535 y ss.

93. ID: Indemnización de daños personales y el baremo de la nueva Ley de Seguros, La Ley, 1995-94, págs. 1095 y ss.

94. SERRANO GARCÍA, José Antonio: Resolución de contrato de compraventa de bienes muebles por impago del precio: incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de la subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor; cumplimiento parcial posterior al incumplimiento resolutorio; cláusula penal: moderación por el Tribunal y deducción de la indemnización por los perjuicios causados a los compradores por los vicios de la cosa, CCJC, núm. 40, 1995, págs. 205 y ss.

Comentario a la STS de 5 de octubre de 1995.

95. TAPIA HERMIDA, Antonio: La transferencia del crédito documentario, la cesión del crédito del beneficiario y otros actos o negocios con eficacia para terceros, RDBB, núm. 61, 1996, págs. 175 y ss.

96. TASENDE CALVO, Julio, J.: El ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, RGD, mayo 1996, págs. 4935 y ss.

97. TORRES LANA, José Ángel: Validez de la cláusula de sumisión expresa en contrato de adhesión, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1151 y ss.

Comentario a la STS de 29 de junio de 1995.

98. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos, RJN, núm. 14, 1995, págs. 199 y ss.

99. VATTIER LAGARRIGUE, Carlos: Local comercial incorporado en una industria mayor: arrendamiento de industria. Exclusión de la legislación especial, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 197 y ss.

Comentario a la STS de 4 de octubre de 1995.

100. VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: Análisis crítico de las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, RDM, núm. 217, 1995, págs. 1049 y ss.

101. ID: La conservación de las mercancías en la compraventa internacional: primera jurisprudencia, RGD, abril, 1996, págs. 3437 y ss.

102. VERA DE PAZ, Nemesio: El contrato de cajas de seguridad, RDBB, núm. 61, 1996, págs. 197 y ss.

103. VILASAU SOLANA, Mónica: Naturaleza de l'acció de responsabilitat desenal en la construcció (art. 1591.1 CC) segons la jurisprudència del TS, RJC, núm. 2 de 1996, págs. 489 y ss.

5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

104. ALBALADEJO, Manuel: Las supuestas facultades del presidente de la comunidad de propietarios en orden a los elementos privativos, RDP, mayo 1996, págs. 339 y ss.

105. ID: Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción, RDP, julio-agosto 1996, págs. 523 y ss.

106. ALONSO VISO, Roberto: El derecho de propiedad intelectual en el artículo 51 de la Ley (naturaleza jurídica de las relaciones entre autor y empresario), Actualidad Civil, núm. 32, 1996, págs. 725 y ss.

107. BAYO RECUERO, Nieves: La tercería de dominio como acción declarativa del dominio, Actualidad Civil, núm. 20, 1996, págs. 415 y ss.

108. BELLO JANEIRO, Domingo: Retracto de comuneros: falta de legitimación «ad causam» de la esposa del condueño para ejercitar la acción retractual; criterio restrictivo en la admisión de la acción de retracto. Venta en pública subasta: constitucionalidad de la aplicación del retracto legal; cómputo del plazo de la acción retractual desde el conocimiento de la venta judicial; carga de la prueba y requisitos del conocimiento de la transmisión, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1119 y ss.

Comentario a la STS de 8 de junio de 1995.

109. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: Propiedad intelectual. Obra: concepto y requisitos. Incongruencia. Fundamentación jurídica de la Sentencia, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1105 y ss.

Comentario a la STS de 7 de junio de 1995.

110. ID: Obra audiovisual: autoría, contrato de producción, derecho moral de paternidad, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 61 y ss.

Comentario a la STS de 29 de junio de 1995.

111. ID: Propiedad intelectual: derecho de autor; Ley de 1879; transmisión «inter vivos» y «mortis causa»; litisconsorcio pasivo necesario, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 369 y ss.

Comentario a la STS de 30 de octubre de 1995.

112. ID: Las traducciones electrónicas ante el derecho de autor, RGD, junio, 1996, págs. 6917 y ss.

113. BLANQUER UBEROS, Roberto: La tutela del derecho a la inscripción del título, AAMN, t. XXXV, págs. 333 y ss.

114. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad, RCDI, núm. 633, 1996, págs. 279 y ss.

115. CORRAL DUEÑAS, Francisco: La protección registral de los montes vecinales en mano común, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 823 y ss.

116. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: Propiedad horizontal: representación procesal por el Presidente; poder para pleitos otorgado por quien fue elegido en Junta celebrada sin citación de todos los condóminos; demanda encabezada a nombre de la Comunidad de Propietarios sin referencia alguna al Presidente que la representa; alteración de elementos comunes: instalación de aire acondicionado por el arrendatario; abuso del derecho de los opositores: inexistencia, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 407 y ss,

Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1995.

117. ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano: Régimen jurídico de las aguas privadas preexistentes a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, RDP, abril 1996, págs. 300 y ss.

118. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen: Elemento común de la propiedad horizontal: alteraciones. Consentimiento tácito, actos propios y «Verwinkung». Acciones reales y personales. Prescripción extintiva y adquisitiva, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 77 y ss.

Comentario a la STS de 13 de julio de 1995.

119. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: Admisibilidad del recurso. Omisión de la notificación del remate en la finca subastada en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Indefensión. Nulidad de actuaciones, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1091 y ss.

Comentario a la STS de 1 de junio de 1995.

120. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: Reivindicación del Sacro Convento Castillo de Calatrava. Error en la apreciación de la prueba. Tradición instrumental. Fe pública registral. Prescripción adquisitiva extraordinaria. No interrupción por juicio de faltas. Doble inscripción. Deslinde administrativo. Acción negatoria de servidumbre. CCJC, núm. 30, 1995, págs. 1161 y ss.

Comentario a la STS de 1 de julio de 1995.

121. IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la : Duración del derecho de superficie urbano, Actualidad Civil, núm. 21, 1996, págs. 445 y ss.

122. LUNA SERRANO, Agustín: El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales, AAMN, t. XXXV, págs. 271 y ss.

123. MASSAGUER, J.: Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual, La Ley, 1995-94, págs. 116y y ss.

124. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: Colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (R.D. 2537/1994, de 29 de diciembre), RJN, núm. 13, 1995.

125. MONTERO AROCA, Juan: Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada, RCDI, núm. 633, págs. 253 y ss.

126. MOREU CARBONELL, Elisa: Derechos mineros y propiedad del suelo: en torno a la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Minas, La Ley, 1995-94, págs. 1109 y ss.

127. OREJAS GARCÍA, Armando: Inseguridad jurídica e impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios, Actualidad Civil, núm. 24, 1996, págs. 509 y ss.

128. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil, RGD, abril 1996, págs. 3763 y ss.

129. PARADELA DE JUAN, Manuel: Notas sobre Derecho transitorio en materia inmobiliaria, RJC, núm. 3, 1996, págs. 911 y ss.

130. PARDO NÚÑEZ, Celestino: La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado, La Ley, 1995-4, págs. 935 y ss.

131. RODRÍGUEZ MORATA, Federico, A.: Retracto de comuneros: legitimación pasiva. Litisconsorcio pasivo necesario. Naturaleza jurídica: subrogación retractual. Inaplicación del artículo 1.510 del Código Civil, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1181 y ss.

Comentario a la STS de 7 de julio de 1995.

132. SAAVEDRA MONTERO, Eva: La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución, Actualidad Civil, núm. 28, 1996, págs. 633 y ss.

133. SERNA VALLEJO, Margarita: La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 943 y ss.

134. SILLERO CROVETTO, Blanca: Los actos meramente tolerados y la posesión, Actualidad Civil, núm. 25, 1996, págs. 525 y ss.

135. TORRES ESCÁMEZ, Salvador: Los préstamos hipotecarios en el Derecho Internacional Privado español. Especial consideración del procedimiento de ejecución extrajudicial ante Notario, RJN, núm. 14, 1995, págs. 261 y ss.

136. ZURILLA CARIÑANA, Ángeles: Propiedad horizontal: constitución. Requisitos, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 91 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 18 de julio de 1995.

6. DERECHO DE FAMILIA

137. ARECES PIÑOL, M.^a Teresa: Matrimonio religioso celebrado en forma judía: su posible eficacia en el ordenamiento jurídico francés, RDP, marzo 1996, pp. 196 y ss.

138. ARECHEDERRA ARANZADI, Ignacio: Impugnación de la paternidad. Reconvención pidiendo se apliquen al demandante las consecuencias legales previstas en el artículo 111 del Código Civil, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1019 y ss.

Comentario a la STS de 11 de mayo de 1995.

139. DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús: Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado, RDP, junio 1996, págs. 436 y ss.

140. FÁBREGA RUÍZ, Cristóbal Francisco: Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia, RGD, mayo 1996, págs. 5051 y ss.

141. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, RJC, núm. 2, 1996, págs. 313 y ss.

142. MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional, RDP, noviembre, 1995, págs. 1019 y ss.

143. MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa: Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales, RCDI, núm. 634, 1996, págs. 849 y ss.

144. ORTEGA LLORCA, Vicente: La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial, RGD, mayo 1996, págs. 5023 y ss.

145. PARRA TREGÓN, Dolores: Estudio práctico sobre la modificación y extinción de la pensión compensatoria, RJC, núm. 2, 1996, págs. 517 y ss.

146. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: Cesión de mitad indivisa de una finca conectada causalmente con un anterior convenio regulador de divorcio. No exigibilidad de aprobación judicial, por ser compatible con lo acordado en el convenio. Irrelevancia de los motivos en relación a la determinación de la causa, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 19 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995.

147. ROBLEDO VILLAR, Antonio: La «*actio communi dividundo*» ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar, que está privado de su uso por sentencia matrimonial, La Ley, 1995-4, págs. 981 y ss.

148. RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier: El sometimiento de un derecho a una norma de destinación: el artículo 1320 del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 31 de diciembre de 1994 y a las Resoluciones de la DGRN de 30 y 31 de marzo de 1995, La Ley, 1995-4, págs. 793 y ss.

149. ROJO ALONSO DE CASO, José C.: La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: procedimiento de liquidación y criterios de división, Actualidad Civil, núm. 34, 1996, págs. 759 y ss.

150. ROMERO HERRERO, Honorio: Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos interregionales, RJN, núm. 14, 1995, págs. 91 y ss.

151. SANZ MARTÍN, Laura: La familia, su naturaleza y finalidad, Actualidad Civil, núm. 19, 1996, págs. 415 y ss.

152. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: pensión complementaria de futuro, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 903 y ss.

Comentario a la STS de 7 de marzo de 1995.

7. DERECHO DE SUCESIONES

153. ALBALADEJO, Manuel: La dispensa de colación y su revocación, RDP, abril 1996, págs. 259 y ss.

154. AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira: El testamento mancomunado, RCDI, núm. 633, 1996, págs. 353 y ss.

155. ARRIOLA ARANA, José M.ª: Vecindad civil y nulidad de testamento, RJN, núm. 13, 1995, págs. 9 y ss.

156. **ESPIAU ESPIAU, Santiago:** El usufructo viudal y la legítima de los descendientes, RJC, núm. 3, 1996, págs. 629 y ss.

157. **GALICIA AIZPURÚA, Gorka:** Reserva viudal: renuncia a la misma. Renuncia a las medidas que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar. Doctrina general sobre renuncia a los derechos. Objeto de la renuncia *ex* artículo 970 del Código Civil, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1137 y ss.

Comentario a la STS de 22 de junio de 1995.

158. **GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael:** Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones, RJN, núm. 13, 1995, págs. 181 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

159. **CERDÁ, F.:** Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas, RGD, junio 1996, págs. 6953 y ss.

160. **FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis:** Proceso penal y Registro Mercantil. Publicidad mercantil registral de las medidas cautelares y de las consecuencias accesorias a la pena, RDM, núm. 219, 1996, págs. 161 y ss.

161. **GARCÍA EGEA, Isidro, J.:** Recientes planteamientos jurisprudenciales en materia de competencia desleal y libre circulación de mercancías: la sentencia C-135/1992 «Clinique» y su doctrina, RGD, junio 1996, págs. 7069 y ss.

162. **LOBATO, Manuel:** Sobre la protección de las invenciones vegetales a través del modelo de utilidad, RDM, núm. 219, 1996, págs. 119 y ss.

163. **MARTÍNEZ SANZ, Fernando:** Distribución a través de agentes y derecho de defensa de la competencia, RDM, núm. 219, 1996, págs. 35 y ss.

164. **MEZQUITA DEL CACHO, José Luis:** Un «derecho mercantil» para la práctica profesional, RJC, núm. 3, 1996, págs. 917 y ss.

165. **PALAU, F.:** Los sondeos de opinión como instrumento probatorio del engaño en los procesos por competencia desleal, RGD, marzo 1996, págs. 2235 y ss.

166. **RUÍZ PERIS, Juan Ignacio:** Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores, RDM, núm. 218, 1995, págs. 1447 y ss.

167. SOLER, P.: Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos), RGD, marzo 1996, págs. 2215 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

168. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y GARCÍA PÉREZ, R.: Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (Acercas de la RDGRN de 26 de junio de 1995), DPC, núm. 8, 1996, págs. 211 y ss.

169. ALONSO MURILLO, Felipe y GARCÍA DÍEZ, Javier: La obligación personal de contribuir en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995: régimen general, RDS, núm. 6, 1996, págs. 129 y ss.

170. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S.A. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994, RCDI, núm. 633, 1996, págs. 463 y ss.

171. BAENA BAENA, Pedro Jesús: Acuerdo de reducción a cero del capital social y, simultáneamente, aumento del mismo mediante compensación de crédito por encima de la cifra mínima legal (operación acordeón), CCJC, núm. 39, 1995, págs. 1045 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1995.

172. BOQUERA MATARREDONA, Josefina: La regulación de conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDM, núm. 217, 1995, págs. 1007 y ss.

173. CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: El derecho de suscripción preferente en el caso de acciones de la sociedad conyugal o en caso de copropiedad, usufructo o sustitución fideicomisaria de acciones, AAMN, t. XXXV, págs. 425 y ss.

174. CASAS VALLES, Ramón: Derecho transitorio. La retroactividad y sus límites. Impugnación de acuerdos sociales. Aplicación de los nuevos plazos a acuerdos anteriores a la vigencia del TR de la LSA de 1989, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 423 y ss.

Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1995.

175. CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: Opción S.A.–S.L., RJNav., núm. 20, 1995, págs. 143 y ss.

El trabajo analiza las normas jurídicas reguladoras, respectivamente, de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, destacando las similitudes y diferencias que entre ellas existen.

176. CLARET GELIS, Marta: La Junta General de Socios convocada judicialmente, Poder Judicial, núm. 39, 1995, págs. 125 y ss.

177. CLAVERO TERNERO, Manuel: Sociedades anónimas. Prestaciones accesorias: sociedad de seguro privado de asistencia sanitaria con cláusula estatutaria de no trabajar para otra sociedad y sanción de expulsión para el socio incumplidor, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 913 y ss.

Comentario a la STS de 16 de marzo de 1995.

178. DÍAZ MORENO, Alberto: Nulidad de sociedad de responsabilidad limitada por ilicitud de objeto, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 181 y ss.

Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995.

179. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.^º Cristina: En torno a los negocios de asistencia financiera para la adquisición de participaciones propias. *Private company* «versus» sociedades de responsabilidad limitada, RDM, núm. 129, 1996, págs. 185 y ss.

180. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: Sobre la llamada reducción de capital con cargo a beneficios o reservas en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, RDM, núm. 218, 1995, págs. 1391 y ss.

181. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria); RDM, núm. 218, 1995, págs. 1339 y ss.

182. ID: Sociedad en formación. Reconocimiento. Enriquecimiento injusto. Acción cambiaria y acción causal. Compatibilidad, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 35 y ss.

Comentario a la STS de 8 de junio de 1995.

183. HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada, RDS, núm. 6, 1996, págs. 105 y ss.

184. **LETE ACHIRICA, Carlos:** Métodos de valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas, RDBB, núm. 62, 1996, págs. 395 y ss.

185. **LÓPEZ ORTEGA, Raquel:** Sociedades de responsabilidad limitada: disolución judicial de la sociedad por paralización de los órganos sociales que impide la formación de la voluntad real, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 121 y ss.

Comentario a la STS de 25 de julio de 1995.

186. **MEJÍAS GÓMEZ, Javier:** La transmisión de participaciones sociales, *La Ley*, 1995-4, págs. 1003 y ss.

187. **MARTÍNEZ SANZ, Fernando:** Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDS, núm. 6, 1996, págs. 27 y ss.

188. **NÚÑEZ LAGOS, Francisco:** Notas para un estudio de la transmisión voluntaria de las participaciones de sociedad de responsabilidad limitada, *AAMN*, t. XXXV, págs. 545 y ss.

189. **POLO, Eduardo:** Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima, *RJN*, núm. 14, 1995, págs. 51 y ss.

190. **RONCERO SÁNCHEZ, Antonio:** Admisibilidad en Derecho español de los «poderes en blanco» para la representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima, RDS, núm. 6, 1996, págs. 69 y ss.

191. **ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, Tullio:** La transformación de la cooperativa en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, *La Ley*, 1995-4, págs. 825 y ss.

192. **SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan:** La apreciación registral de la justa causa en la revocación del auditor de cuentas (Comentario a la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1996), RDBB, núm. 62, 1996, págs. 485 y ss.

193. **ID:** La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada [breve reflexión en torno al artículo 95.c) LSRL], RDS, núm. 6, págs. 11 y ss.

194. **SÁNCHEZ RUS, Heliodoro:** Aplicación práctica de la disposición transitoria 6.ª,2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *RDM*, núm. 219, 1996, págs. 145 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

195. DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente: La función notarial de los Corredores de Comercio colegiados, *La Ley*, 1995-4, págs. 852 y ss.

196. FRANCO LANDEIRA, Santiago: La responsabilidad del Corredor de Comercio y la necesidad de presencia en las operaciones que interviene, *La Ley*, 1995-4, págs. 1137 y ss.

197. MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: Los documentos intervenidos por Corredor de Comercio: forma y efectos jurídicos, *RDM*, núm. 217, 1995, págs. 1133 y ss.

198. MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora: En torno a la responsabilidad frente a los inversores de quien utiliza información privilegiada en los mercados de valores, *RDM*, núm. 217, 1995, págs. 953 y ss.

199. POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto: Algunas reflexiones sobre los problemas actuales del Derecho público bancario en España, *RDBB*, núm. 62, 1996, págs. 375 y ss.

200. PUJOL CARDENAL, Cristina: Les potestats normativa i disciplinària dels col·legis professionals, *RJC*, núm. 2, 1996, págs. 407 y ss.

201. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: Razones y problemas de la reforma proyectada de la Ley del Mercado de Valores, *RDBB*, núm. 62, 1996, págs. 357 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

202. GARRETA SUCH, José M.º: Régimen y responsabilidad de los auditores de cuentas en el Derecho anglosajón, *RJC*, núm. 3, 1996, págs. 741 y ss.

203. HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: Las entidades encargadas de los registros de anotaciones en cuenta: organización y régimen de responsabilidad, *RDBB*, núm. 61, 1996, págs. 63 y ss.

204. MATEU DE ROS, Rafael: La contratación bancaria telefónica, *RDBB*, núm. 62, 1996, págs. 265 y ss.

205. MAZZUCHELLI Y URQUIJO, José: Protección al inversor por medio de las obligaciones de asesoramiento y aclaración del banco frente a los clientes en el Derecho alemán; *RDBB*, núm. 61, 1996, págs. 9 y ss.

206. MONGE GIL, Ángel Luis: Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro, RDBB, núm. 62, 1996, págs. 315 y ss.

207. PETIT LAVALL, M.^a Victoria: Un supuesto de violación del deber de independencia de los auditores de cuentas: la prestación simultánea en la empresa auditada de servicios de asesoría y de auditoría de cuentas, RJC, núm. 3, 1996, págs. 741 y ss.

208. VAREA SANZ, Mario: Cuenta corriente bancaria. Cheque ingresado para su cobro. Responsabilidad del banco por devolución al librador, CCJC, núm. 40, 1996, págs. 139 y ss.

Comentario a la STS de 31 de julio de 1995.

5. TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

209. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor: La aceptación cambiaria por factores administradores de hecho (a propósito de las SAP de Avila de 21 de diciembre de 1994 y Salamanca de 11 de febrero de 1995), RDBB, núm. 62, 1996, págs. 437 y ss.

210. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: Sobre el párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque: consideraciones relativas al lugar y a la forma de pago del efecto protestado, RDM, núm. 217, 1995, págs. 115 y ss.

211. FERNÁNDEZ MORILLO, Jesús: Nuevamente sobre la admisión a trámite de la demanda en los procedimientos ejecutivos cambiarios, La Ley, 1995-4, págs. 1154 y ss.

212. NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: Nulidad del pagaré utilizado para documentar deudas derivadas de un préstamo mercantil, RDBB, núm. 61, 1996, págs. 163 y ss.

213. PAZ-ARES, Cándido: La desincorporación de los títulos-valor, RDM, núm. 219, 1996, págs. 7 y ss.

214. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: Naturaleza documental de la póliza intervenida, AAMN, t. XXXV, págs. 7 y ss.

215. SÁNCHEZ LERMAN, Gemma Angélica: La regulación de la letra en blanco en la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988), RDBB, núm. 61, 1996, págs. 105 y ss.

6. DERECHO CONCURSAL

216. MASCARELL NAVARRO, M.º José: La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, RGD, abril 1996, págs. 3795 y ss.

217. MIGUENS PONSSA DE LA VEGA, Héctor José: La responsabilidad patrimonial en los concursos de grupos de sociedades en el ámbito de la CEE, RDBB, núm. 61, 1996, págs. 149 y ss.

218. OLIVENCIA RUÍZ, Manuel: El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL, RDBB, núm. 62, 1996, págs. 411 y ss.

219. SAGRERA TIZÓN, Josep, M.º: La necessària unificació de criteris de l'Audiència, en la interpretació i aplicació de l'article 9 de la Llei de suspensió de pagaments: la Circular 1/95 de la Fiscalía del Tribunal Suprem, RJC, núm. 2, 1996, págs. 509 y ss.

III. DERECHO URBANÍSTICO

220. BEATO ESPEJO, Manuel: El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador, RDU, núm. 148, 1996, págs. 115 y ss. y núm. 149, 1996, págs. 155 y ss.

221. CARRILLO DONAIRE; Juan Antonio: Actividades clasificadas, licencias urbanísticas a precario y discrecionalidad administrativa, La Ley, 1995-4, págs. 1071 y ss.

222. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo, AAMN, t. XXXV, págs. 145 y ss.

223. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio: Los aprovechamientos urbanísticos tras el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, RDU, núm. 149, 1996, págs. 87 y ss.

224. IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: Los límites legales de los estudios de detalle. Un mal ejemplo: el estudio de detalle «Ed. 5.2 Plaza de Castilla», RDU, núm. 148, 1996, págs. 35 y ss.

225. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: Los efectos de la «liberalización del suelo» sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, RDU, núm. 149, 1996, págs. 13 y ss.

226. **LÓPEZ TOLEDANO, Miguel Angel:** Reflexiones acerca de la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado establecida en el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales, RDU, núm. 149, 1996, págs. 65 y ss.
227. **MAR BEL, Teresa:** La responsabilidad patrimonial de la Administración por motivos urbanísticos, RDU, núm. 147, 1996, págs. 61 y ss.
228. **MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino:** Las áreas de reparto en la vigente legislación urbanística, RDU, núm. 147, 1996, págs. 61 y ss.
229. **ID:** El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo. Competencias municipales. Régimen transitorio, RDU, núm. 149, 1996, págs. 49 y ss.
230. **MERELO ABELA, José Manuel:** La posición jurídica del propietario de suelo urbano y urbanizable en la legislación urbanística estatal y autonómica, RDU, núms. 147 y 148, 1996, págs. 11 y ss.
231. **PARDO CASTILLO, Manuel y PARDO FERNÁNDEZ, Félix:** El procedimiento de obtención de licencias por silencio, RDU, núm. 147, 1996, págs. 53 y ss.
232. **PERALES MADUEÑO, Francisco:** El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo: necesidad de una reforma, RDU, núm. 149, 1996, págs. 37 y ss.
233. **PORTO REY, Enrique:** Estudio y aplicación práctica del artículo 2 del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, RDU, núm. 149, 1966, págs. 127 y ss.
234. **RAMOS MEDRANO, J.A. y RAMOS MEDRANO, M.P.:** La pretendida deslegalización del régimen jurídico de fuera de ordenación, RDU, núm. 148, 1996, págs. 103 y ss.
235. **SANTAMARÍA ARINAS, René Javier:** Los residuos y la planificación urbanística, RDU, núm. 147, 1996, págs. 133 y ss.
236. **VERDÚ MIRA, Antonio, T.:** La disciplina urbanística en la Ley Valenciana reguladora de la Actividad Urbanística, RDU, núm. 148, 1996, págs. 75 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

237. AREAN, M.: La marca comunitaria, RGD, junio 1996, págs. 6903 y ss.

238. LADRÓN TABUENCA, M.º Pilar: Ejecución forzosa en España de títulos extrajudiciales emanados de las instituciones comunitarias, La Ley, 1995-4, págs. 950 y ss.

239. LÓPEZ RUÍZ, Francisco: La regla de reconocimiento y el Derecho comunitario. (Un análisis del Derecho comunitario desde la Teoría del Derecho), RGD, abril 1996, págs. 3329 y ss.

V. DERECHO PROCESAL

240. BONET NAVARRO, Ángel: Recurso de casación en la ejecución provisional de las sentencias. Impugnación de la diligencia de embargo considerada improcedente, acordada en la ejecución provisional de la sentencia; clausura de la casación por la vía del artículo 1.687.2.º, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 961 y ss.

Comentario a la STS de 12 de abril de 1995.

241. GARCÍA VILLA, José Antonio: El autor del documento fehaciente del art. 1435 LEC, Poder Judicial, núm. 39, 1995, págs. 193 y ss.

242. GESTO ALONSO, Blanca: El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional, RGD, abril 1996, págs. 3831 y ss.

243. MERINO RUÍZ, José: Acumulación de acciones y figuras afines, en la jurisprudencia más reciente, RGD, mayo 1996, págs. 5075 y ss.

244. MONTERO AROCA, Juan: Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, DPC, núm. 8, 1996, págs. 251 y ss.

245. ROBLEDO VILLAR, Antonio: La subasta judicial y su problemática, RGD, junio 1996, págs. 6591 y ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNav.	Revista Jurídica de Navarra
RJN	Revista Jurídica del Notariado

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil

La Ley

Poder Judicial

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias

Encarna ROCA TRÍAS (Universidad de Barcelona)

José Luis BEATO

Marc CAMPO ARAGONÉS

Ramón CASAS VALLÉS

Isabel MIRALLES GONZÁLEZ

Mónica VILASAU SOLANA

1. STC 6/1995, de 10 de enero (BOE de 11 de febrero).

RA. Estimado.

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Cuestiones: Libertad de expresión, relación laboral y libertad de empresa. Sanción a un trabajador por declaraciones efectuadas a un medio de comunicación.

Preceptos de referencia: Art. 20.1.d) CE.

El «Club Deportivo Tenerife» sancionó a uno de sus futbolistas por ciertas declaraciones a la prensa, juzgadas como falta muy grave a tenor de las Normas de Régimen Interior del Club. Las declaraciones fueron las siguientes: 1.º En «La Gaceta de Canarias»: *«He ido con buena voluntad y me han contestado tratando de imponer sus condiciones. Así no se puede ir por la vida»; «A partir de ahora las condiciones las impongo yo, me pagan dos años de contrato y nos vemos en junio de 1994 y se acabó»; «Si el problema es de carácter personal, me importa un carajo»; 2.º En el periódico «El día»: «Sé perfectamente dónde están mis obligaciones, pero también sé cuáles son las del club, las cuales están firmadas»; «Igual que cumplo con mis obligaciones, también voy a exigir que la otra parte cumpla»; «Si me quieren buscar las vueltas, pues posiblemente las encuentren, pues los contratos se hacen para cumplirlos».*

La sanción fue declarada ajustada a Derecho por los tribunales. En el recurso de amparo el futbolista denunciaba la infracción del art. 20.1.a) CE, alegando que la libertad de expresión no desaparece por la existencia de una relación laboral. El TC da respuesta al recurso planteado hilvanando la siguiente argumentación:

- 1.º) *«Para evaluar la ponderación entre los derechos del jugador y los del club para el que trabaja [...] es preciso recordar que [...] el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, debiendo coordinarse con otros valores, entre ellos, los enunciados en el párrafo cuarto del artículo 20 CE; regla general —prosigue el TC— que, en casos como éste, se enmarca en la relación contractual entre trabajador y empresario, que condiciona el ejercicio de la libertad de expresión cuando una de las partes hace manifestaciones respecto de la otra, constituyendo la buena fe el límite fuera del cual puede devenir ilegítimo tal ejercicio (FJ 2).*
- 2.º) Sin embargo, como ya estableció la STC 88/1985, no cabe olvidar *«la trascendencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de la persona que, en cuanto titular de éstos, la acompañan en todas las facetas de su vida de relación, también en el seno de la relación laboral»*. Por tanto, todo requerimiento empresarial que restrinja el ejercicio de tales derechos deberá obedecer a razones de estricta necesidad, que deberá acreditar quien las alegue, con independencia de cuáles sean las compensaciones que el actor reciba (STC 99/1984) (FJ 2). El TC establece, no obstante, a guisa de excepción, aquellos casos en que la restricción o *«compresión del derecho fundamental de que se trate constituya una faceta esencial y legítima del propio objeto del contrato, supuesto en que el consentimiento del trabajador contribuye a crearla (STC 99/1994, FJ 7)»*.
- 3.º) Entrando en la valoración concreta de las manifestaciones del actor, el TC entiende que, con independencia de algún término malsonante, tenían *«un tono claramente neutro, que en modo alguno podía considerarse ofensivo para el club en que trabajaba, dado que sólo ponían de manifiesto el descontento del actor con el desenvolvimiento de su relación contractual»*; *«(...) Con este alcance —prosigue el TC, remitiéndose a sus SS 20/1983 y 88/1985—, no era posible apreciar que comprometiesen ningún interés del empresario, legítimo y acreditadamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva y, por ende, que hubieran causado el daño específico que se requiere en nuestra jurisprudencia para entender excedidos los límites del razonable ejercicio de la libertad de expresión (...) en la relación de trabajo»* (FJ 3.º).

2. STC 13/1995 de 24 de enero (BOE de 28 de febrero).**RA. Desestimado. Votos discrepantes.****Ponente: Mendizábal Allende. Discrepantes: el ponente y otro.****Cuestiones: Igualdad y tutela judicial. Denegación de segunda subrogación en arrendamiento urbano. Extensión del concepto «descendientes»: los parientes por afinidad. Problema de legalidad ordinaria.****Preceptos de referencia: Art. 59 TRLAU 1964 y arts. 14 y 24.1 CE.**

El padre de la recurrente en amparo arrendó una vivienda en 1940, enviando poco después y contrayendo nuevo matrimonio en 1941. Vivió ininterrumpidamente en dicha vivienda hasta su muerte, tras la cual la segunda esposa se subrogó en el inquilinato en 1981, conviviendo la actora y la viuda en el piso hasta el fallecimiento de ésta, momento en que aquélla trató a su vez de subrogarse al amparo del art. 59 del TRLAU de 1964.

La propietaria, oponiéndose a tal pretensión, presentó demanda de resolución del contrato de arrendamiento, que fue estimada en apelación. La perjudicada por el fallo recurrió en amparo, alegando la vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad) y 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) CE, por haberse interpretado erróneamente el art. 59 TRLAU. La recurrente entendía que debía considerársela «*descendiente*» a los efectos de lo prevenido en esta norma, destacando su ininterrumpida convivencia con la segunda esposa de su padre, y argumentando que tal relación configura una convivencia asimilable a las relaciones en el seno de una familia.

El TC niega al problema planteado una estricta dimensión constitucional: 1.º) Por una parte, delimitando la materia debatida como una cuestión interpretativa «*la sedicente desigualdad de la solución no nace de la propia Ley que, como habrá ocasión de comprobar, permite interpretaciones alternativas, ni tampoco de su aplicación para otros supuestos análogos respecto de distintas personas por el mismo órgano judicial o en contradicción con la doctrina legal del Tribunal Supremo*», sino que surge de la propia Sentencia impugnada, «*de su propia entraña argumental, que entiende una palabra a su manera y no a la manera que prefiere la demandada, también razonable*», no vulnerándose con ello el derecho a la tutela judicial, que lleva dentro la exigencia de una respuesta, que no prejuzga su sentido siempre que sea motivada, ni garantiza el acierto de la resolución adoptada, siempre que no concurra una interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente de relevancia constitucional (FJ); y 2.º) Por otra parte, y en conexión a lo anterior, el TC declara que, cuando como en este caso, la tarea a realizar consiste en «*la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica en el plano de la legalidad, sin que la segunda de las dos Sentencias vulnere el principio de igualdad [...] la solución corresponde a los Jueces y Tribunales a quienes la Constitución encomienda en exclusiva la potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*» (FJ 3.º).

No es del mismo parecer el Voto particular: *«La existencia operativa del parentesco por afinidad desde una gran variedad de circunstancias y situaciones, como vínculo personal que sirve para formar la trama y urdimbre de la familia como grupo social definido, máxime una vez establecido el divorcio, con la consiguiente posibilidad de sucesivos matrimonios y de que nazcan hijos de ellos [...] En consecuencia la hoy demandante puede ser considerada, sin forzar el concepto, como «descendiente» de la cónyuge subrogada en primer lugar, por cuanto la razón de la norma no se funda en la sangre, pues admite la adopción, sino en la vida en común»* (FJ 3.º). Por todo ello, se reputa vulnerado el art. 14 CE: *«La lectura del artículo 59 LAU a la luz del artículo 39 de la Constitución [...] impide un tratamiento discriminatorio de esta situación respecto de otras pariguales en un todo, sin más diferencia que la derivada de la filiación por naturaleza [...]. El error en la calificación adquiere, pues, relevancia constitucional hasta socavar la plenitud de la tutela judicial por conllevar el desconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de tratamiento, excluyendo a todo un grupo, el de los parientes por afinidad»* (FJ 3.º).

3. STC 16/1995, de 24 de enero (BOE de 28 de febrero).

RA. Desestimado.

Ponente: De la Vega Benayas.

Cuestiones: Igualdad. Discriminación positiva (por razón de sexo).

Condiciones para su admisibilidad.

Preceptos de referencia: Art. 14 CE.

Se aborda en la sentencia el conocido problema de la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva, adoptadas en favor de ciertos colectivos; en este caso, las mujeres. El art. 66 de la Reglamentación de Trabajo de «Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, S.A.» reconocía a éstas —no a los varones— la posibilidad de jubilarse voluntariamente de forma anticipada. La solicitud de la recurrente fue, sin embargo, denegada por la empresa, cuyo criterio recibió el aval de los tribunales, que entendieron inaplicable el precepto por contrario al art 14 CE.

La interesada acudió finalmente al amparo, invocando el propio art. 14 CE. A su juicio, la discriminación no debía eliminarse privando del beneficio al personal femenino sino otorgándoselo al masculino, en la línea de las SSTC 81/1982 y 90/1993.

El TC, sin embargo, desestima el recurso con los siguientes argumentos: 1.º) *«El sexo es uno de los factores de discriminación que por contrarios a la esencial dignidad de la persona estima inadmisibles el artículo 14 de la Constitución»* (FJ 3.º); 2.º) Ante determinadas situaciones, es aceptable la adopción de medidas de discriminación positiva, aparentemente contrarias a la igualdad de trato, pero que no persiguen otro fin que restablecerla: la histórica posición de inferioridad de la mujer es una de tales situaciones (FJ 3.º); 3.º) Desde otra óptica, es cierto, como asevera la recurrente, que la desigualdad de trato puede dar lugar a una equiparación en el acceso al derecho o si-

tuación que se reputa más beneficiosa, «con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados» (STC 3/1993) (FJ 4.º; 4.º) No obstante, en determinados casos, lo que procede es inaplicar el beneficio: éste, en el supuesto que nos ocupa, aun no comportando un privilegio odioso o una inmunidad excepcional, no pretende en puridad proteger a la mujer, sino más bien incidir negativamente en la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino, incentivándolo a permanecer en el hogar desarrollando tareas supuestamente más adecuadas a su sexo (FFJJ 3.º y 4.º).

4. STC 21/1995, de 24 de enero (BOE de 28 de febrero).

RA. Estimado.

Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Cuestiones: Tutela judicial. Ejecución hipotecaria. Procedimiento del art. 132 LH e intervención del arrendatario.

Preceptos de referencia: Art. 132 LH y art 24.1 CE.

El recurrente en amparo habitaba una vivienda en calidad de arrendatario, cuando, a finales de 1992, llegó a su domicilio notificación judicial de un proceso hipotecario, dirigida contra los hijos del arrendador y contra un tercero. Posteriormente, presentó querrela por estafa contra los ejecutados, que fue admitida a trámite, y en virtud de la cual instó la suspensión del procedimiento de ejecución, solicitando asimismo se le tuviese por comparecido como parte en dicho procedimiento, alegando su calidad de arrendatario. Ante la reiterada negativa judicial a acoger una y otra pretensión, el actor recurre en amparo ante el TC, alegando vulneración del art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). En su resolución, el TC establece, como se verá, una nítida separación entre las resoluciones desestimatorias de tales pretensiones, y aquellas otras que, para dar posesión de la finca al adjudicatario en la subasta, ordenaron el lanzamiento del actor.

En cuanto a las primeras, manifiesta: 1.º) Que «el Juez “a quo” no ha vulnerado el artículo 24 CE, al interpretar las causas de suspensión del procedimiento de forma razonada y acorde con el tenor literal de la norma aplicable, pues ciertamente no lo desconoce una interpretación que concluye que la interposición y admisión a trámite de una querrela por estafa no está contemplada en ninguno de los supuestos del artículo 132 LH, ya que la interpretación de los efectos suspensivos de las cuestiones prejudiciales pertenece al terreno de la legalidad cuya interpretación pertenece en exclusiva a los órganos judiciales en tanto no esté afectada la constitucionalidad del precepto», recordando al actor que tiene expedita la defensa de sus eventuales derechos a través del oportuno proceso declarativo; 2.º) Que «el actor no fue parte en el procedimiento de ejecución porque, de acuerdo con la interpretación razonablemente mantenida por el juzgador de la normativa que resultaba de aplicación (arts. 131 y 132 LH) no estaba previsto cauce alguno para su intervención, y por ello, no tuvo ocasión de hacer alegaciones y probar sobre la existencia y validez del contrato de arrendamiento [...], ni sobre la eventual vigencia del contrato para la adjudicación de la finca», cuestiones —se afirma— respecto

a las cuales, como en el caso anterior, no compete al TC decidir, por cuanto son materias de legalidad ordinaria (FJ 3.º).

Opinión distinta sostiene el TC respecto a las resoluciones judiciales por las cuales se acordó el lanzamiento del actor de la vivienda que venía ocupando. Por una parte, invocando la STC 6/1992, recuerda que sí entra dentro de la competencia de este Tribunal tutelar los derechos de quien, sin poder constituirse como parte por las razones expuestas, sufre un grave perjuicio al verse despojado, sin posibilidad de contradicción, de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica, resultado éste en modo alguno admisible a la luz del art. 24.1 CE. Y, por otra parte, retoma las palabras de la mencionada Sentencia según las cuales la exigencia implícita en el aludido precepto puede alcanzarse propiciando *«una interpretación y aplicación del artículo 132 LH que elimine aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa y con normas de derecho necesarias (art. 57 en relación con el 114.4 de la LAU)»*. Concluye el TC determinando, en consecuencia, que el lanzamiento *«sólo podrá pronunciarse tras un nuevo proceso en el que el hoy actor “sea parte y tanto él como [el adjudicatario] hagan valer sus derechos” (STC 6/1992, FJ 7)»*.

5. STC 22/1995, de 30 de enero (BOE de 28 de febrero).

RA. Desestimado.

Ponente: González Campos.

Cuestiones: Honor y libertad de información. Información basada en afirmaciones de terceros. Diferencia entre la simple reproducción de éstas y su asunción por parte del medio. Falta de veracidad.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE.

La revista *Interviú* publicó unos reportajes sobre el asesinato de los Marqueses de Urquijo. En uno de ellos se sostenía que la hija de las víctimas y el Sr. Escobedo, padre del condenado como autor del crimen, habían tenido algún grado de participación o conocimiento en el asunto. Promovido procedimiento penal por injurias y calumnias, los querellados resultaron absueltos. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente ya que las afirmaciones relativas al Sr. Escobedo no podían ampararse en el art. 20 CE toda vez que no concurría el requisito de la veracidad. Se interpone recurso de amparo contra dicha S. alegando violación de los arts. 20.1.d) y 25 CE.

En cuanto a la difícil ponderación entre los derechos en conflicto, el TC recuerda, una vez más, que sólo la información sobre hechos de relevancia pública y veraz puede encontrar protección en el art. 20.1.d) CE y prevalecer sobre el derecho al honor garantizado por el art. 18.1 CE. En el caso planteado, la información satisfacía sobradamente la exigencia de relevancia pública (FJ 1.º). Las dudas afectaban más bien a la veracidad, entendida de acuerdo con la consolidada doctrina del TC, según la cual la información publicada no tiene por qué ajustarse de forma exacta a la verdad, bastando que sea el resultado de una investigación diligentemente contrastada. A este respecto, contra

el parecer de la Audiencia, los recurrentes sostenían que la falta de certeza de la información sólo podía imputarse a las fuentes utilizadas, nunca a quienes se sirvieron de ellas.

A juicio del TC los distintos reportajes publicados merecen una valoración diferente (FJ 2.º). Uno de ellos se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero, por lo que la responsabilidad del medio sólo surgirá si resulta no ser cierto que el tercero ha declarado lo que se le atribuye, sin que la revista sea responsable de la veracidad de lo declarado. Teniendo en cuenta la relevancia de la información publicada, el medio de comunicación se vería amparado por el art. 20 CE (FJ 3.º).

Distinto juicio merece el otro reportaje publicado por la revista, con título bien significativo: «*Caso Urquijo: Los asesinos con nombres y apellidos. Todo lo que no se contó en el juicio*». El crimen se describe de una forma novelesca, con expresa indicación de la presencia y participación del citado Sr. Escobedo en los hechos allí relatados. Por lo tanto, en este caso, la revista no se limitó a publicar las declaraciones de una persona sino que se ofrece como propia una versión del asesinato, indicándose la participación en tales hechos de personas concretas. Dicha versión se dice basada en determinadas fuentes no precisadas. Respecto de este reportaje no concurre el requisito de la veracidad: en primer lugar, porque no era cierto que de las actuaciones policiales o judiciales pudiera desprenderse dato alguno acerca de la participación del Sr. Escobedo en el crimen; en segundo lugar, dado que el contenido de la información específicamente referida al señor Escobedo no era cierto, la publicación encausada únicamente podría ampararse en el art. 20.1.d) CE si tal error no hubiera sido vencible a poco que se hubiera intentado verificar la realidad de los hechos. Y en este caso, el error en cuestión no era en absoluto invencible. La información publicada no era, en definitiva cierta y sus autores no observaron la diligencia debida en su contrastación (FJ 4.º).

6. STC 42/1995, de 13 de febrero (BOE de 18 de marzo).

RA. Desestimado.

Ponente: López Guerra.

Cuestiones: Honor. Opinar e informar. Opiniones e insultos.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.a) y d) CE.

El recurrente en amparo, director de un periódico, fue condenado como autor de un delito de injurias livianas por las expresiones que aplicó al director de un medio rival («*ejercicio de teocratismo, aventurismo, mariquetismo, gorilismo intelectual y feudalismo profesional*»). En el recurso de amparo se alegaba que la sentencia condenatoria vulneraba los derechos a la tutela judicial efectiva, a comunicar libremente información veraz y a la presunción de inocencia.

El TC declara que en realidad, en la medida en que no se perseguía tanto comunicar información como exponer un punto de vista, el posible derecho vulnerado sería el contemplado en el art. 20.1.a) CE, (libertad de expresión) y en el art. 20.1.d) CE (FJ 1.º).

Ante el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, no debe olvidarse la posición prevalente del primero dado su doble carácter de libertad individual y garantía de la formación de una opinión pública. Sin embargo, debe realizarse una ponderación entre los derechos en juego, a fin de determinar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente. Es pues necesario analizar las concretas expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo. Las expresiones literalmente vejatorias o insultantes desvinculadas de las ideas que se pretenden transmitir a la opinión pública, y por tanto innecesarias, quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho tutelado en el art. 20.1.a) CE. Dicho precepto en ningún caso ampara el derecho al insulto (FJ 2.º).

En el caso se tuvieron especialmente en cuenta el objeto de las declaraciones, su expresión escrita en una publicación de amplia difusión local, la condición de periodistas de querellante y querellado y, en fin, los constantes enfrentamientos entre ellos. La concurrencia de estos elementos, según una amplia jurisprudencia del TC, tiende a configurar la preponderancia del derecho al honor sobre la libertad de expresión.

7. STC 50/1995, de 23 de febrero (BOE de 31 de marzo).

RA. Estimado.

Ponente: De Mendizábal Allende.

Cuestiones: Intimidación. Inviolabilidad de domicilio. Concepto constitucional de domicilio. Requisitos para autorizar la entrada.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 2 y 24.1 CE.

La sentencia tiene su origen en una serie de inspecciones de la Administración tributaria en el domicilio de la recurrente y, más concretamente, en el recurso interpuesto por ésta contra el Auto judicial que autorizaba la entrada. Al margen de otras cuestiones, lo que básicamente se plantea es el problema de las condiciones que tales resoluciones deben reunir. A este respecto, el TC, confirmando su línea en la materia, sienta la siguiente doctrina:

- 1.º) El domicilio constitucionalmente protegido se extiende *«no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular», «acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales haciéndolo con la libertad más espontánea (STC 82/1984) y, por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada».*
- 2.º) La inviolabilidad del domicilio no es absoluta: *«su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias como son el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía».*

- 3.º) La autorización debe cumplir los siguientes requisitos: a) identificación del sujeto pasivo de la medida; b) necesidad de ésta última; c) adopción de medidas precautorias imprescindibles a fin de garantizar que la irrupción se produzca sin más menoscabo de la inviolabilidad que el estrictamente conducente a su finalidad; y d) existencia de una motivación suficiente. Precisamente por no cumplirlas, se anula el Auto recurrido. En él, dice el TC, no se concreta ni limita el número máximo de personas que pueden acompañar a los dos funcionarios de la Inspección, ni se fija limitación alguna de visitas, ni se concreta la fecha de las mismas (con lo que el Auto viene a suponer *«de alguna manera una suspensión individualizada»* del derecho), ni, en fin, se incluye referencia alguna a *«la obligación de comunicar al Juez el resultado de la entrada y reconocimiento en el domicilio, [...] imprescindible para que aquél pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos»* (FJ 7.º).

8. STC 56/1995, de 6 de marzo (BOE de 31 de marzo).

RA. Desestimado.

Ponente: Viver i Pi-Sunyer.

Cuestiones: Partidos políticos, democracia interna y derecho de asociación. Expulsión de miembros. Derechos fundamentales: *eficacia inter privados*. Libertad de expresión: diferencias entre opinar y adoptar acuerdos.

Preceptos de referencia: Arts. 6, 20.1.a) y 22 CE.

La decisión tiene su origen en la expulsión de algunos afiliados al PNV por haber adoptado, en su Asamblea regional, una serie de acuerdos opuestos al criterio de los órganos directivos del partido. Los expulsados acudieron a los tribunales denunciando la violación de la democracia interna exigida por el art. 6 CE a los partidos políticos, así como del derecho a la libertad de expresión. En los mismos términos se plantea el problema ante el TC, que desestima el amparo con los siguientes argumentos:

- 1.º *«La exigencia constitucional de organización y funcionamiento democráticos no sólo encierra una carga impuesta a los partidos, sino que al mismo tiempo se traduce en un derecho o conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos».* Sin embargo, el legislador debe respetar *«el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación, como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido, un derecho este último que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organi-*

zación y funcionamiento de los partidos». En repetidas ocasiones (STC 3/81, STC 85/86 entre otras) el TC ha venido repitiendo que los partidos políticos son una forma particular de asociación y que el art. 22 no excluye las asociaciones con finalidad política. Los arts. 6 y 22 CE deben «interpretarse conjunta y sistemáticamente sin separaciones artificiosas y en consecuencia, debe reconocerse que el principio de organización y funcionamiento interno democrático y los derechos que de él derivan integran el contenido del derecho de asociación». El derecho de asociación, concluye el TC, «no puede estimarse directamente vulnerado por la infracción de un pretendido derecho de participación a través de una organización confederal del partido [...], primero, porque resulta sumamente discutible en su plano teórico que entre los derechos de participación democrática de los afiliados pueda incluirse un derecho a que los partidos posean una determinada organización territorial descentralizada, y en este caso confederal, del propio partido, y en segundo lugar, porque, aun admitiendo como hipótesis lo anterior, este derecho será, hoy por hoy, un derecho de rango exclusivamente estatutario no integrado en el contenido del derecho fundamental de asociación».

- 2.º Tampoco se conculca el derecho fundamental de participación democrática porque no se expulsa a los recurrentes desconociendo el procedimiento establecido en los estatutos y además no *«puede considerarse que la sanción responda a una causa o decisión arbitraria y, por ende, vulneradora del derecho a no ser expulsado sin motivo legalmente previsto [...] Este tribunal ha tenido ocasión de afirmar que el control jurisdiccional de las expulsiones no consiste en que el juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya hayan realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de la asociación tomasen la correspondiente decisión (STC 218/1988)»*. El control judicial deberá limitarse a ver si *«la decisión carece de toda razonabilidad a la luz de las disposiciones legales y estatutarias aplicables»*.
- 3.º El TC, en fin, desestima también la alegada vulneración de la libertad de expresión, pues el PNV había advertido a los afiliados de Guipúzcoa que la adhesión a los acuerdos conflictivos determinaría su *«autoexclusión»* del partido. Es verdad, dice el TC, que la virtualidad del art 20 CE no se limita a la relación con el poder público, extendiéndose también a las relaciones entre particulares. Sin embargo, añade, la eficacia *inter privatos* de las normas sobre derechos fundamentales (*Drittwirkung*) debe someterse a algunos límites (SSTC 120/83, 126/90 y 286/93, entre otras): *«Nada se opone, pues, al reconocimiento de un derecho a la libertad de expresión de los afiliados [pero] debemos recordar que al acotar el objeto de este proceso de amparo, en el fundamento jurídico primero se dejó sentado que el Acuerdo recurrido ante la jurisdicción ordinaria al*

que se atribuye la infracción de esa libertad es el de expulsión [..]. No se impugnan [...] y no pueden ser objeto del presente proceso de amparo, las hipotéticas trabas a la libertad de expresión de opiniones, ideas y pensamientos que pudieran haber sufrido los miembros de la Asamblea regional a lo largo del proceso que les llevó a tomar el Acuerdo que los órganos nacionales del PNV consideraron secesionista. Este acuerdo fue fruto de un proceso en el que los hoy recurrentes expresaron sus opiniones de un modo que no mereció denuncia ante los órganos judiciales de instancia y apelación». Por tanto, el problema se centra en determinar si la sanción de expulsión se impuso «por haber expresado unas determinadas opiniones e ideas o por haber adoptado unos concretos Acuerdos considerados contrarios a los Estatutos del partido». A este respecto, y de acuerdo con los tribunales de instancia y apelación, el TC entiende que «el Acuerdo al que se anuda la expulsión tiene un evidente contenido verbal, sin embargo, lo que sucede es que en este caso dicho contenido no tiene como finalidad transmitir o comunicar ideas u opiniones, sino exteriorizar un acto de voluntad, manifestar externamente una decisión, y por ello, en rigor, se sitúa al margen del ámbito protegido por la libertad de expresión, que en nada puede verse afectada por las consecuencias que puedan derivarse de los acuerdos adoptados con infracción de preceptos legales o estatutarios».

9. STC 69/1991, de 9 de mayo (BOE de 13 de junio).

RA. Desestimado.

Ponente: Gimeno Sendra.

Cuestiones: Tutela judicial efectiva, ejecución de hipoteca y usufructo inscrito con posterioridad.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y arts. 131 y 132 L.H.

La recurrente era usufructuaria, sin constancia registral, de una vivienda propiedad de su hijo, que éste hipotecó posteriormente en favor de un tercero. Según la usufructuaria, la ejecución de la hipoteca por el procedimiento del art. 131 LH le habría provocado una situación de indefensión, al no habersele permitido intervenir con igualdad de armas, a diferencia de lo aceptado para el arrendatario en un caso similar (STC 2/92).

Pese al precedente invocado, el TC deniega el amparo. Es cierto, dice la sentencia, que «el designio del legislador de impedir a toda costa la suspensión o paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria [...] debe compatibilizarse con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE» (FJ 3.º). No obstante, la doctrina de la STC 2/92 «no puede ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor afectado por la ejecución de una hipoteca, y así, en el ATC 309/1994, negamos ya el amparo en un supuesto en el que el arrendatario lo era en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad al inicio del procedimiento del

art. 131 LH, que por el excesivo tiempo de duración (quince años) y por el importe antieconómico del alquiler pactado, fue estimado por los órganos judiciales como fraudulento» (FJ 3.º). Hay que tener presente que a la recurrente «se le notificó la existencia del procedimiento [...] y recibió en la propia finca hipotecada la notificación [...] para la celebración de las subastas». Tuvo así oportunidad de «participar e intervenir en el procedimiento de ejecución aunque fuera en la forma limitada que la ley permite, y de ello hizo uso cumplido [...] y logró la suspensión temporal del procedimiento [...] lo que excluye en buena medida la indefensión» (FJ 4.º).

En definitiva, sin entrar en el fondo del asunto, al TC le parece razonable que el Tribunal de instancia considere que el usufructo inscrito tras la hipoteca no pueda ser oponible al adjudicatario de la finca en el procedimiento del art. 131. «La decisión del juzgado de no remitir al adjudicatario a otro procedimiento para obtener el lanzamiento de la usufructuaria no entraña ninguna limitación o privación del derecho de defensa de la recurrente, que tiene a su disposición el juicio declarativo que le brinda el art. 132 L.H. para hacer valer sus derechos tanto frente al adjudicatario como frente al constituyente del derecho de hipoteca» (FJ 4.º).

10. STC 76/1995, de 22 de mayo (BOE de 21 de junio).

RA. Desestimado. Votos discrepantes.

Ponente: Mendizábal Allende. Discrepantes: González Campos y otro.

Cuestiones: Derecho al honor y libertad de expresión. Opinar, informar e insultar. ¿Libertad de cátedra?

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.a) CE.

En un artículo, un aspirante a catedrático que había visto revocada la propuesta en su favor, se cebó en uno de los miembros de la Comisión de reclamaciones. Ello le valió una condena por lesión al honor del criticado, al reputarse objetivamente insultantes epítetos como «*claustral del babero*», «*anfitrión de conspiradores*», «*chambón*», «*personaje inquisitorial*», así como la imputación de que «*[firmaba] resoluciones sin la más mínima ética*».

El recurrente en amparo alegaba que, con su condena, se vulneraban las libertades de expresión e información, dando preferencia al derecho al honor cuando, a su juicio, debían haber prevalecido aquéllas, máxime tratándose de un personaje público y teniendo en cuenta que nadie había puesto en duda la veracidad de la información.

Según el TC, para valorar la ponderación efectuada por el juzgador, sin olvidar el distinto peso específico de los derechos en tensión, debe atenderse a las circunstancias del caso, con tres criterios convergentes: 1) el tipo de libertad ejercitada, 2) el interés general de la información y 3) la condición pública o privada del ofendido. La información y su glosa crítica tenían resonancia pública y adquirían así trascendencia por referirse a un protagonista conocido en el entorno, como miembro destacado del claustro docente. En tal condi-

ción, estaba obligado a aceptar opiniones adversas, así como la revelación de circunstancias de su profesión e incluso personales. Sin embargo, cualquiera que sea la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable que impide la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación. La lícita opinión desfavorable acerca de la trayectoria vital y méritos profesionales del sujeto aludido en el artículo, no justificaba la utilización de frases o palabras objetivamente insultantes. Sobre todo cuando la consideración global del artículo pone de manifiesto un propósito deliberado de afrentar al así tratado, haciéndole desmerecer en la consideración ajena, con ánimo vindicativo no negado y casi explícito.

En cuanto a la libertad de información, señala el TC que si bien no cabe duda de que el contenido de lo publicado tenía relevancia pública y era veraz, ello no comporta que se elimine la posibilidad de un exceso en el ejercicio del derecho a comunicar libremente información respecto de una persona con una posición pública. Considera el TC que el autor escribió herido en su dignidad y humano enojo, sin pretensiones realmente informativas, con un propósito de retorsión por manifiesta enemistad. Por ello se colocó él mismo fuera del ámbito de la libertad de información, utilizando un periódico con una actitud difamatoria, por lo que no puede recibir el amparo constitucional (FJ 6).

Voto particular. A juicio de los magistrados que formulan el voto particular, las expresiones utilizadas y las imputaciones realizadas no constituyen una injuria, tratándose más bien de una forma enérgica de expresar la disconformidad. En cuanto al tono vindicativo del artículo enjuiciado, consideran que no sólo es evidente, sino también natural, ya que nada tiene de particular que al reivindicar su derecho lo haga intentando ridiculizar el curriculum y la decisión de la persona aludida. Debe recordarse que nos hallamos además dentro del ámbito de la crítica a la función pública. Si en términos generales el espacio abierto a dicha crítica es muy amplio, aún lo es más si ésta procede de quien sufre las consecuencias de sus actuaciones. También consideran los magistrados que suscriben el voto particular que en el presente caso el ejercicio de esa crítica de la función pública se relaciona en cierto modo, si bien remotamente, con la libertad de cátedra, ya que se trata de un proceso de selección de catedráticos y cualquier decisión al respecto que no se halle sólidamente fundada en los méritos puede ser vista como un ataque a aquella libertad. Esta circunstancia hace que en la defensa de un caso como el del recurrente, la libertad de expresión se halle menos fuertemente limitada que en otras hipótesis. Por todo ello los magistrados estiman que no se ha vulnerado el derecho al honor y que por lo tanto debería haberse otorgado el amparo.

11. STC 78/1995, de 22 de mayo (BOE de 21 de junio).

RA. Estimado. Voto discrepante.

Ponente: García-Mon y González-Regueral. Discrepante: Vives Anón.

Cuestiones: Honor. ¿Libertad de información o de expresión? Persona pública. Informar e insultar. Insultos «en caliente» y «en frío». Tutela penal y tutela civil.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 20.1.a) y d) CE.

El caso tiene su origen en un proceso penal por injurias, en el que el querrellado resultó absuelto. En su sentencia, el TC recuerda, una vez más, la trascendencia del derecho a la información, ligado a la formación de una opinión pública, así como la necesidad de una ponderación adecuada de los derechos en conflicto, teniendo en cuenta la libertad ejercitada y la condición pública o privada del ofendido.

En cuanto al primer aspecto, nos hallaremos ante la libertad de expresión cuando se exterioricen pensamientos, ideas u opiniones, mientras que se tratará de la libertad de información cuando lo publicado verse sobre hechos que puedan considerarse noticiables. En caso de duda acerca de la naturaleza de la libertad pretendidamente ejercida, deberá procederse a la individualización de la misma atendiendo al elemento preponderante. En el caso de autos, a pesar de la condición de periodista del autor, el TC considera que el artículo no tiene una finalidad predominantemente informativa. El acusado perseguía exponer sus ideas y opiniones sobre la trayectoria profesional de los querellantes, sobre la empresa editora y sobre la influencia que unos y otras tenían en la vida política, económica y cultural canaria. Si en el artículo se van desgranando ciertos hechos, es para fundar en ellos unos juicios de valor expresivos de la opinión desfavorable que los aludidos merecen al autor. (FJ 3.º).

Por lo que respecta al carácter público o privado del ofendido, cuando se ejerce la libertad de expresión los límites de la crítica son más amplios si ésta se refiere a quienes, por dedicarse a actividades políticas, están expuestos a un control más riguroso de sus actitudes y manifestaciones. En este caso el TC considera que los recurrentes ejercen funciones de relevancia pública en el ámbito de la sociedad canaria si bien ello no conlleva que su derecho al honor deje de estar protegido en relación con todas aquellas manifestaciones peyorativas o claramente vejatorias, innecesarias para expresar un pensamiento crítico acerca de dicha actividad pública o sin relación alguna con la misma.

Para hacer llegar el mensaje de que los recurrentes manipulaban ciertos medios de comunicación, no resultaban necesarios los calificativos de «piratas», «embusteros», «difamadores y perros», ni aludir a «sus antojos, sus ambiciones, sus egoísmos, sus intrigas, sus venenos y sus papeles» ya que toda esta serie de improperios no añadían nada a la idea-eje que se quería transmitir. Tales improperios exceden con mucho la crítica acerba que debe soportar un personaje público. Tampoco debe olvidarse que tales excesos no se han cometido en el marco de una entrevista o intervención oral, sino que han sido consignados con el sosiego y la meditación propia de un escrito (FJ 4.º). En consecuencia el TC estima que no se ha realizado una correcta ponderación entre los derechos en conflicto y establece que se dejen sin efecto las resoluciones judiciales impugnadas por no haber otorgado la debida tutela al derecho al honor de los solicitantes de amparo (FJ 5.º).

Voto particular. El Magistrado centra su discrepancia en el hecho de que el otorgamiento del amparo deje nuevamente abierta una vía —la penal— que a su juicio resultaría excesiva. La libertad de expresión y de crítica a los personajes públicos, dice, necesita un amplio margen para desarrollarse y el recurso a la vía penal puede desalentar su ejercicio. Si bien la libertad de expresión no comporta el derecho al insulto, la posibilidad de acudir a la tutela penal en relación a las expresiones utilizadas se considera desorbitante. Por ello, podía declararse la vulneración del derecho al honor sin anular las decisiones absolutorias en la vía penal, dejando abierta la civil.

12. STC 79/1995, de 22 de mayo (BOE de 21 de junio).

RA. Desestimado. Voto discrepante.

Ponente: García-Mon y González-Regueral. Discrepante: Vives Antón.

Cuestiones: Honor y libertad de expresión. Tutela civil y penal.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.a) CE.

El caso tiene los mismos protagonistas que la anterior STC 78/1995, si bien con otro querellado, cuya absolució n es también recurrida en amparo por entenderla lesiva del derecho al honor. El TC, una vez determinado que el conflicto afecta a la libertad de expresión y que los sujetos recurrentes ejercían funciones de relevancia pública, procede a analizar la ponderación realizada por los órganos judiciales de instancia, valorándola positivamente. Si bien es cierto, dice el TC, que se han vertido expresiones y adjetivaciones duras y desfavorables en extremo para los solicitantes de amparo («*herpes redi-vivo*», «*cuadrilla provinciana*», «*cinismo de sus apelaciones a la defensa de los intereses de Canarias*»...), las mismas no hacen referencia a las personas, en cuanto tales, sino más bien a lo que por ellas se sostiene en un artículo publicado en un diario. Se trata de una disputa entre medios de comunicació n que sostienen criterios distintos sobre cuestiones de interés social y económico para las Canarias (FJ 3.º). En conclusió n, la publicació n enjuiciada no desborda los límites de la libertad de expresión y por lo tanto el TC desestima el amparo solicitado.

Voto particular. El magistrado que lo formula considera que las expresiones utilizadas no se hallan cubiertas por la libertad de expresión, sobre todo a la vista del supuesto contemplado en la STC 78/1995, en que se concedió el amparo y se dejó vía libre a una acción penal por delito de injurias, mientras que en el presente caso se deniega, cerrando el paso incluso a una mera responsabilidad a título de falta. Según quien lo suscribe, para dar una tutela adecuada tanto a la libertad de expresión como al derecho al honor, debería plantearse si los posibles excesos en el ejercicio de aquélla justifican el recurso a la vía penal o no. En opinión de dicho magistrado, en casos como el presente, el recurso a la vía penal sería incompatible con la libertad de expresión, por desalentarla en exceso. En conclusió n, el magistrados discrepante entiende que el amparo está bien desestimado, pero no porque no se hayan sobrepa-

sado los límites de la libertad de expresión, sino porque la vía penal no sería la adecuada, en el presente caso, para depurar posibles excesos cometidos.

13. STC 84/95, de 5 de junio (BOE de 8 de julio).

RA. Desestimado.

Ponente: Vives Antón.

Cuestiones: Responsabilidad civil subsidiaria. Declaración de la misma y extinción por pago. ¿Indefensión?

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE.

El caso tiene su origen en los daños causados por un perro, al cuidado de persona distinta de su propietario. En el juicio de faltas, se condenó al cuidador, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del dueño, quien, sin embargo, no había sido parte. Se diría que ello debía determinar una rápida anulación de la condena. Pero el TC llega a una conclusión distinta, basándose en el hecho de que la responsabilidad subsidiaria había quedado extinguida al haber pagado la indemnización el obligado principal. La decisión resulta llamativa pues, a fin de cuentas, la condena —con el consiguiente reproche— y la indefensión existieron. *¿Quid* si una inesperada evolución de las lesiones determinara la aparición de nuevos daños y, por tanto, una nueva pretensión indemnizatoria no cubierta por el obligado principal?... *¿Y* si éste repitiera contra el condenado subsidiario alegando, por ejemplo, la falta de toda información acerca de la peligrosidad del animal?... *¿No* debería discutirse entonces la declaración de propiedad del animal y la responsabilidad subsidiaria?...

14. STC 90/95, de 5 de junio (BOE de 8 de julio).

RA. Estimado. Votos discrepantes.

Ponente: González Campos. Discrepantes: Vives Antón y tres más.

Cuestiones: Arrendamientos urbanos. Prórroga forzosa y privilegios de funcionarios públicos en activo: discriminación, derogación por la Constitución. ¿Discriminación sólo entre arrendatarios o también en relación con el propietario? Arrendatario no funcionario pero casado con quien sí lo es. Recurso de amparo y pretensiones indirectas de inconstitucionalidad.

Preceptos de referencia: Art. 14 CE y art. 64.1 LAU (TR de 1964).

Como es sabido, el art. 64 del TR de la LAU de 1964 establecía un orden a seguir en la denegación de prórroga por necesidad, cuando el arrendador fuera dueño de varias viviendas en el mismo inmueble. En la medida en que ello entrañaba un trato diverso en función de condiciones personales, era inevitable que la norma acabara por someterse al TC. Hay que tener en cuenta a este respecto, como recuerda la sentencia, que *«pese a la redacción del art. 41.3 LOTC, y en virtud de lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC, en el recurso de amparo es admisible que los particulares puedan plantear una pretensión*

indirecta de inconstitucionalidad, cuando se dirija contra una ley que lesione uno de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 30 CE, en los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual», (FJ 3.º).

La que ahora nos ocupa no es la primera resolución que afecta al art. 64 del TRLAU de 1964. En sus Autos 265/84 y 346/86, el TC ya admitió la constitucionalidad del trato de favor otorgado en él a los pensionistas. Más tarde, la STC 176/93 mantuvo el mismo criterio para los funcionarios públicos jubilados, subrayando —como justificación de la diferencia de trato— que la reducción de sus ingresos podría hacer difícil su acceso a una nueva vivienda.

En el caso de los funcionarios en activo —que es el de la actual sentencia— la única razón objetiva para un trato de favor estaría en el deber de residencia (cfr. art 64.2 TRLAU 1964). Esta razón, sin embargo, no es constitucionalmente suficiente: *«Si bien la razón fundamental de la preferencia que el art. 64 LAU otorga a los funcionarios públicos en activo puede encontrarse [...] en el propósito del legislador de favorecer la estabilidad o continuidad del funcionario en la vivienda arrendada en atención a su específico deber de residencia, las consecuencias que de esta prelación legal se derivan tanto para el arrendador como para los demás arrendatarios crea una discriminación para los diversos arrendatarios que tienen en común al mismo arrendador basada exclusivamente en la condición o circunstancia personal de ser uno de ellos funcionario público»* [FJ 4.º, c)].

Saliendo al paso del voto discrepante, la sentencia precisa que la norma impugnada no sólo discrimina a los demás arrendatarios (no preferidos), sino también al propietario, cuyo *«poder o facultad de enajenación»* queda injustificadamente disminuido [FJ 4.º, d)]. Contra este criterio, los discrepantes sostuvieron que la discriminación en realidad sólo se daba entre arrendatarios, y que el eventual menoscabo o merma de las facultades dominicales no autorizaba el uso de una vía —el amparo— que no cubre el derecho de propiedad.

Hay un último aspecto de interés en la sentencia. Según recogen los hechos, la preferencia del arrendatario afectado por la denegación de prórroga le fue reconocida en atención a su cónyuge, que era quien realmente ostentaba la condición de funcionario. La legitimidad de esta extensión queda, sin embargo, imprejuizada, por entender el TC que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria (FJ 4.º).

15. STC 100/95, de 20 de junio (BOE de 24 de julio).

RA. Estimado.

Ponente: Gimeno Sendra.

Cuestiones: Consignación de rentas y acceso a los recursos.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y art. 148.2 LAU (TR de 1964).

Esta Sentencia viene a añadirse a una larga serie en las que el TC viene distinguiendo entre el hecho de la consignación (condición ineludible para recurrir, que salvaguarda los intereses del arrendador) y la acreditación de este hecho (defecto que debe considerarse subsanable en aras de una adecuada tu-

tela del art. 24.1 CE). La propia STC 100/95 cita a este respecto las sentencias 59/84, 104/84, 90/86, 46/89, 62/89, 121/90, 31/92, 51/92, 87/92, 115/92, 139/93, 214/93, 344/93 y 249/94. Entre ellas, como resumen completo y preciso de la doctrina constitucional, destaca la STC 344/93, a cuyos argumentos básicos se remite la aquí reseñada.

16. STC 108/95, de 4 de julio (BOE de 3 de agosto).

RA. Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga.

Cuestiones: Ejecución hipotecaria e indefensión. Titular de condición resolutoria inscrita. Notificación por edictos. Falta de diligencia del propio perjudicado.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y art. 131.5.º LH.

Los demandantes de amparo habían vendido un piso con una condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado, aunque aceptando su posposición a la hipoteca que los adquirentes pensaban constituir para financiar la compra. Al no atender el pago del préstamo, la entidad financiadora ejecutó la hipoteca por el procedimiento del art. 131 LH. De acuerdo con su regla 5.ª, la ejecución fue notificada a los titulares de la condición resolutoria. Pero al no constar su domicilio en la inscripción y afirmar la ejecutante desconocerlo, se recurrió a los edictos. Tras adjudicarse la vivienda a un tercero, los titulares de la condición solicitaron la nulidad de actuaciones. Desestimada ésta, recurrieron en amparo alegando que se les había causado indefensión al no haberse indagado su verdadero domicilio. El recurso, sin embargo, se desestima. *«Los demandantes del amparo no hicieron constar en el Registro de la Propiedad ningún domicilio donde practicar la notificación prevista en el pfo. 2.º del art. 131.5.º LH, sin que a estos efectos pueda servir el domicilio contemplado en los arts. 130 y 131.3.º-3.º LH, no aplicable a ellos, razón por la cual la notificación debía realizarse en el domicilio real de estos titulares registrales, conforme a las reglas generales de la LEC»* (FJ 3.º). *«Como ya dijimos en otro asunto del procedimiento sumario del art. 131 LH «corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible»* (STC 217/93)» (FJ 3.º).

17. STC 109/95, de 4 de julio (BOE de 3 de agosto).

RA. Desestimado.

Ponente: Rodríguez Bereijo.

Cuestiones: Ejecución hipotecaria e indefensión. Tercer poseedor extrarregistral. Falta de diligencia del propio perjudicado.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y art. 131 LH.

Se trata de un nuevo conflicto en el marco del proceso del art. 131 LH. En este caso, la compradora de un piso mediante documento privado alegaba in-

defensión al no habersele comunicado el procedimiento de ejecución. El TC, con invocación de la STC 148/88, admite que el tercer poseedor debe tener conocimiento del proceso no sólo «en el supuesto de que su condición derive de la oportuna certificación registral (regla 4.ª del art. 131 LH)», sino también cuando «resulte acreditada su adquisición del inmueble para el acreedor ejecutante (regla 3.ª del art. 131 LH)», en cuyo caso, «pese a la inexistencia de asiento registral, deberá ser requerido de pago e informado de la existencia del proceso» (FJ 5.º). No obstante, en el caso concreto planteado, y aunque a nombre de la entidad ejecutada, se practicaron en el domicilio de la recurrente hasta tres notificaciones (dos entendidas con un vecino y la tercera con ella misma). A ello había que añadir que la demandante de amparo celebró con la adjudicataria contrato de arrendamiento, para poder seguir ocupando la finca. Tanto la «pasividad ante la ejecución» como la «conformidad tácita» demostrarían que no hubo lesión del art. 24.1 CE. Se reitera pues la doctrina de que la indefensión es una cuestión de hecho, que no puede alegar quien conoció o estuvo en condiciones de conocer la ejecución hipotecaria.

18. STC 114/95, de 6 de julio (BOE de 3 de agosto).

RA. Desestimado. Votos discrepantes.

Ponente: Cruz Villalón. Discrepantes: Gabaldón López y otro.

Cuestiones: Sucesión de títulos nobiliarios. Preferencia del varón y principio de igualdad. Discriminación. El recurso de amparo y su objeto. ¿Problemas de interpretación constitucional que escapan a la jurisdicción del TC? Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y recurso de amparo. Sobre el concepto de discriminación: ¿Impone el art. 14 tratar desigualmente lo que es desigual?

Preceptos de referencia: Art. 14 CE.

La sentencia trae causa del litigio civil seguido entre dos personas que contendían por un título (marquesado de Agrópoli). La cuestión básica era la constitucionalidad o no de la primacía de los varones, prevista en la carta de concesión del título y defendida por el demandante. Sus tesis fueron rechazadas en la jurisdicción ordinaria, por entenderse que tal primacía choca con el principio de igualdad. Curiosamente fue este mismo principio el invocado por el actor al recurrir en amparo, planteándose así la cuestión de legitimación en la que el TC centraría su atención: ¿Puede el perjudicado por una sentencia que inaplica —por discriminatoria— la norma que le beneficia, recurrir en amparo, alegando una inadecuada interpretación jurisdiccional del art. 14 CE?

El recurrente argumentaba que el art. 14 CE «puede ser infringido tanto no teniéndolo en cuenta para otorgar la igualdad de trato que prescribe, como aplicándolo indebidamente en cuanto fundamento de una igualdad que no se corresponde con las circunstancias del caso y de la relación jurídico-material en cuestión» (apud FJ 2.º). Contra esta tesis, el TC rechaza su propia jurisdicción, afirmando, con invocación de sentencias anteriores, que «el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas res-

pecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales». El recurso de amparo, subraya gráficamente el TC, «no es una casación en interés de ley» (FJ 2.º).

La sentencia —poniendo de manifiesto lo mucho que ha llovido desde la primera jurisprudencia del TC— subraya el carácter subsidiario del amparo constitucional y el papel que debe jugar la jurisdicción ordinaria como garante de los derechos fundamentales. La idea es simple y clara: aunque siempre quepa preguntarse qué habría hecho o dicho el TC ante un problema que involucra un precepto constitucional, el amparo no es un cauce siempre abierto para satisfacer esa curiosidad. De ahí deriva, aunque resulte paradójico, la existencia de espacios inaccesibles al Tribunal Constitucional. A éste, como «*intérprete supremo de la Constitución*», le corresponde «*decir la última palabra sobre la interpretación de la misma*». Pero «*sólo puede hacerlo en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de dichos procesos, que son los de su jurisdicción*». De ahí deriva que «*en algunos casos concretos, no puede pronunciarse por carecer de cauce para hacerlo, por lo que, en ellos, la última decisión sobre la interpretación de los preceptos constitucionales implicados la asume la jurisdicción ordinaria*» (FJ 2.º).

La sentencia incluye también alguna puntualización sobre la cuestión de la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales, para rechazar que tal eficacia legitime siempre el recurso de amparo. «*El reconocimiento [...] de un determinado derecho fundamental o de un determinado alcance del mismo [...] suele tener repercusiones, incluso notables, sobre otros derechos u otros intereses legítimos de otros ciudadanos [...] Pues los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la consagración entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no sólo del simple modo de ejercicio del poder político [...] Ahora bien [...] tales repercusiones o efectos no pueden ser invocados ante este Tribunal a través de un medio de impugnación, el recurso de amparo, que no ha sido concebido sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 53.2 CE. Por tanto, mientras los posibles efectos del reconocimiento de un derecho sobre otros particulares no excedan los límites y el ámbito de lo que serían derechos legales e intereses legítimos o incluso de los derechos constitucionales no susceptibles de amparo, su tutela se agota en la jurisdicción ordinaria*» (FJ 2.º).

De cuanto antecede resulta —contra la tesis de los discrepantes— que la cuestión de «*la posibilidad constitucional de pervivencia, tras la entrada en vigor de la Constitución, del régimen de sucesión de los títulos nobiliarios en el concreto extremo que nos ocupa [...] ha de quedar imprejuzgada*» (FJ 3.º).

Finalmente —dejando a un lado una presunta vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley— el TC rechaza también la tesis del recurrente según la cual tan discriminatorio sería tratar desigualmente lo que es igual como tra-

tar igualmente lo que es desigual. En este punto, el TC se remite a su propia doctrina, subrayando que el art 14 CE «reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (FJ 4.º).

19. STC 132/95, de 11 de septiembre (BOE de 14 de octubre).

RA. Desestimado. Votos discrepantes.

Ponente: González Campos.

Cuestiones: Honor, imagen y libertad de información. Persona pública. Información con palabras y con imágenes («caso Lorenzo Penalva-2»).

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE.

Se trata de la segunda sentencia del TC sobre este caso, que se remonta a 1983. A raíz del procesamiento de dos magistrados, se publicaron varios artículos en los que se hacían afirmaciones que uno de los aludidos consideró lesivas de su honor e intimidad (el proceso «*se complica con prostitución, tráfico de drogas y divisas*», «*mantiene relaciones con su empleada...*» etc). La utilización de una fotografía, tomada en una fiesta campestre y en la que aparecían los dos magistrados, hizo que la demanda —civil, al amparo de la LO 1/82— se extendiera también al derecho a la imagen. La demanda triunfó en primera instancia y apelación, pero el TS decretó la nulidad de actuaciones por entender que, siendo el aludido magistrado, era obligada la vía penal. El TC, por su parte, concedió el amparo pedido por el demandante, devolviendo el asunto a la Sala I.ª del TS (STC 241/91, 16/12/91). El 20 de febrero de 1993 el TS dictó nueva sentencia, anulando la de apelación por considerar que la información era de relevancia pública y veraz.

El segundo recurso de amparo —por una presunta ponderación inadecuada de los derechos en juego— se resuelve con una doctrina ya conocida y, en definitiva, coincidente con los criterios de la sentencia recurrida. La información era de relevancia pública y la información veraz: «*Que un Magistrado, titular de un poder del Estado y que se ve sometido a enjuiciamiento penal —y con posterioridad condenado— por delito cometido en el ejercicio de su función como tal, es personaje público [...] no parece dudoso; que poseen indudable interés público las circunstancias que rodean los graves hechos que dieron lugar a ese enjuiciamiento, tampoco; y que la información aparecida en el medio de comunicación social demandado es veraz, en el sentido de diligente búsqueda de la realidad informada y de un serio esfuerzo informativo [...] aparece igualmente claro en el FJ 5.º de la sentencia del TS*» (FJ 5.º).

En cuanto a la fotografía, «*que se toma de otro medio de comunicación, por lo que la posible irregularidad de su captación le sería imputable a ese otro medio*», el TC aplica los mismos criterios. «*Otra cosa sería tanto como afirmar que sólo la libertad de comunicar información por medio de palabras [...] se encuentra constitucionalmente protegida, o al menos, que la libertad*

de información escrita posee un régimen distinto y privilegiado a la que se comunica por medio de la imagen gráfica» (FJ 6.º).

20. STC 139/95, de 26 de septiembre (BOE de 14 de octubre).

RA. Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga.

Cuestiones: Libertad de información. Persona jurídica (sociedad anónima) y derecho al honor.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE.

La sentencia tiene su origen en un artículo de prensa en el que, en el contexto de un caso de corrupción, se acusaba a una sociedad anónima de sobornos reiterados a la Guardia Civil a fin de evitar la aplicación de la legalidad vigente. La demanda civil interpuesta por la sociedad en defensa de su honor fue estimada por el Juzgado, sin que prosperaran la apelación ni la casación. La entidad propietaria del medio recurrió entonces en amparo denunciando una presunta violación de los arts. 18.1 y 20.1.d) CE (honor e información, respectivamente).

Para entrar a valorar la ponderación de los derechos en conflicto, dice el TC, sería necesario en primer lugar que el medio hubiese actuado en el espacio efectivamente cubierto por el art 20.1.d) CE, pues si la información es inveraz ya no hay por qué traer a colación el derecho al honor. Esta es, en definitiva, la razón de fondo que conduce a la desestimación del amparo: los hechos publicados —una imputación de actos delictivos— ni se ajustaban a la verdad ni eran el resultado de *«una diligente investigación periodística»* (FJ 8.º).

Pese a ello, el TC creyó oportuno sentar doctrina sobre la cuestión de los derechos fundamentales —y en particular el honor— de las personas jurídicas, para *«reforzar y ampliar»* —dice— una línea jurisprudencial anterior (cfr. SSTC 107/88, 51/89, 121/89 y, sobre todo, 214/91). Según la sentencia, *«el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito [...] a las personas jurídicas»*, pues *«a través de los fines para los que [han sido creadas] puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad»* (FJ 5.º).

21. STC 156/1995, de 26 de octubre (BOE de 28 de noviembre).

RA. Desestimado.

Ponente: González Campos.

Disposición impugnada: Arts. 23.2.b), 23.2.c), 27, 28.4 y 29.1 de la Ley del Parlamento Vasco 7/1989, de 6 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. Desestimado.

Cuestiones:

Preceptos de referencia: Art. 33.1, 149.1.1.ª y 149.1.23.ª CE.

El Parlamento vasco dictó la Ley antes reseñada, apartándose en algunos puntos de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espa-

cios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, en la que de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.23.º de la CE, se aprobó la *legislación básica* en esta materia. La Ley estatal ha sido declarada conforme a la CE, excepto su DA 5.ª en la medida en que considera básicos los artículos 21.3 y 4, 22.1 y 35.1 y 2 de la misma (vid. STC 102/1995, 26 de junio).

Como es sabido las Comunidades Autónomas podrán dictar normas adicionales de protección, teóricamente con el límite de la normativa básica. En este comentario se incidirá, tan sólo, en el alcance constitucional del concepto «*legislación básica*» y en segundo lugar en el problema que, por la adopción de «*medidas adicionales*», puede provocarse desde el punto de vista de la definición de propiedad.

En relación al primer asunto hay que indicar que en esta Sentencia se recoge la evolución que el TC ha experimentado en relación al alcance de la denominada legislación básica, en este caso en materia medio ambiental. Así, después de recoger las distintas sentencias en las que se ha producido algún pronunciamiento en este sentido, el TC señala cual es la interpretación que en este momento mantiene sobre el tema: «*la legislación básica no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido*», añadiendo en el FJ 2.º que no todo lo que el legislador estatal dice que es básico, tiene necesariamente esa calificación «*El tribunal debe, por tanto, partir de la calificación hecha por el legislador estatal, pero dicha calificación no le vincula de forma absoluta, ni siquiera cuando en su momento no fue impugnada por quienes tienen legitimación para ello, pues al Tribunal le corresponde determinar, como intérprete supremo de la Constitución y de las normas que junto a ella delimitan las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuando un precepto tiene carácter básico*».

Por consiguiente, es apreciación del TC la determinación de un posible exceso competencial que, en el caso de referencia, no considera producido por el hecho de que se señalen plazos distintos —entre la legislación estatal y la autonómica— para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, por parte de la Administración legitimada.

Concretamente la ley Estatal señala los plazos de tres meses y un año para el ejercicio respectivo de los derechos de tanteo y de retracto. Mientras que la legislación Autonómica señala para esos mismos supuestos los plazos de 60 días y de 6 meses. Consideraba el Abogado del Estado que el plazo de ejercicio es un elemento esencial de la configuración de los derechos de adquisición preferente: «*el tanteo y el retracto son limitaciones del dominio que pertenecen a lo que se puede denominar como estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria y la ley vasca, al modificar los plazos de ejercicio de esos derechos, incide en el referido estatuto y crea un privilegio injustificado e irrazonable*» (puede verse la argumentación recogida en el FJ 5.º).

Por contra el TC considera que lo básico en la ordenación estatal es el establecimiento de un derecho de tanteo y retracto en favor de las Administraciones públicas, la garantía de un conocimiento fehaciente por dichas

Administraciones de las transmisiones inter vivos de terrenos situados en el interior de un espacio protegido y la determinación de unos plazos que permitan asegurar una eficaz protección, pero ello «no impide que las Comunidades Autónomas determinen la concreta duración de dichos plazos siempre que ésta suponga una protección suficiente que no reduzca la eficacia de la medida» (FJ 6.º B).

22. STC 165/1995, de 20 de noviembre (BOE de 28 de diciembre).

RA. Desestimado.

Ponente: Gabaldón López.

Cuestiones: Libertad de información y derecho al honor. Publicidad de una sanción.

Preceptos de referencia: Arts. 18. 1 y 20.1 CE.

El recurrente había sido sancionado por el Colegio Oficial de Corredores de Comercio al que pertenecía. Aunque recurrió el acuerdo y obtuvo su suspensión, la sanción fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia. Ante esta circunstancia, el afectado interpuso acción contra el Síndico-Presidente, por considerar que se había producido una intromisión ilegítima en su honor.

Tramitado el correspondiente proceso, el TS entendió que la publicación no constituía sino un mero acto de ejecución del acuerdo sancionador. En el amparo, el sancionado insistió en su planteamiento, subrayando que el honor (art. 18 CE) incluía el prestigio profesional y que, en definitiva, lo publicado era un acto administrativo carente de firmeza.

El problema es abordado por el TC en los siguientes términos: ¿La publicación del acuerdo se legitima como ejercicio de la libertad de información, o bien por tratarse de un acuerdo tomado por la Autoridad competente según la ley? La primera opción se rechaza sin grandes argumentaciones: la publicación del acuerdo, dice la sentencia, «no se inscribe prima facie en el ámbito de las libertades de expresión o información reconocidas en el artículo 20 CE» (FJ 3.º).

La cuestión a resolver debe ser por tanto la segunda, es decir si esa publicación tenía o no cobertura legal. La respuesta, en opinión del TC, es evidente. Lo que la sentencia impugnada rechaza es que la publicación haya lesionado el derecho al honor, ya que el acto determinante de la intromisión encuentra justificación legal en la Ley Orgánica 1/82, por cuanto se trataba de un acto administrativo que, aun no siendo firme, podía ser ejecutado.

23. STC 173/1995, de 21 de noviembre (BOE de 28 de diciembre).

RA. Estimado.

Ponente: Ruiz Vadillo.

Cuestiones: Información, opinión y derecho al honor. Crítica de resoluciones judiciales.**Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1,a) y d) CE.**

En el diario «El País» se publicaron una editorial y un artículo en los que se criticaba la decisión del Tribunal Central de Trabajo de interponer cuestión de constitucionalidad en relación con la llamada Ley de Incompatibilidades. Los Magistrados venían presentados como agentes de la derecha más reaccionaria y la interposición de la cuestión como un acto de *“filibusterismo”*. Su demanda civil en defensa del honor fué acogida por el Tribunal Supremo, cuya sentencia es impugnada ante el TC. La resolución de éste TC no hace sino aplicar su consolidada doctrina en relación con estas materias.

El problema involucraba a los derechos a informar y opinar pero, básicamente, se centraba en el segundo. El TC tiene así ocasión de recordar que: *«La opinión tiene límites distintos puesto que que ella, en cuanto tal, no es necesariamente predicable la veracidad [...]. Del acierto o desacierto de lo que se opine o exponga deciden, en último término, quienes leen, escuchan o ven»* (FJ 1.º). En el caso planteado, la opinión expresada debía reputarse dentro de los límites constitucionales. Primero, porque el asunto era de evidente relevancia pública. Segundo, porque las críticas, aún siendo duras, no incurrían en el insulto o injuria: decir que unos Magistrados son de derechas o que la interposición de una cuestión de constitucionalidad es *«filibusterismo»* no rebasa, a juicio del TC, los límites de la crítica admitida.

24 STC 174/1995, de 23 de noviembre (BOE de 28 de diciembre).**CI. Estimada.****Ponente: García-Mon y González-Regueral.****Disposición cuestionada: Art. 38.2 pfo. 1.º de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Se declara su nulidad.****Cuestiones: Arbitraje obligatorio y tutela judicial. La autonomía de la voluntad como necesario fundamento del arbitraje.****Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 117.3 CE.**

Se promovió por parte de la Audiencia Provincial de Burgos cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo primero del artículo 38.2 de la Ley 6/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, por entender que dicho precepto vulneraba los artículos 14, 24.1 y 117.3 de la Constitución, al imponer un arbitraje obligatorio —salvo pacto en contra— para las controversias cuya cuantía no excediera de 500.000 ptas.

El TC acepta el planteamiento de la Audiencia, subrayando que un sistema arbitral como el que se acaba de describir resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. *«La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión ante ella»* (FJ 3.º).

Por tanto, para la constitucionalidad del precepto, sería necesario que «*las partes contratantes [pudieran] pactar el sometimiento al arbitraje allí previsto cualquiera que sea la cuantía de la controversia*» (FJ 4.º), sin entender *ope legis* su sumisión a falta de pacto.

En resumen, el TC —en la línea de pronunciamientos anteriores— recuerda que el arbitraje debe fundarse siempre en la autonomía —real, no sólo formal— de la voluntad. Un arbitraje obligatorio (y lo es el que, a pesar del posible pacto en contra, las partes no pueden realmente eludir) topa de manera frontal con el art. 24 CE.

25. STC 176/1995, de 11 de diciembre (BOE de 12 de enero).

RA. Desestimado.

Ponente: Mendizábal Allende.

Cuestiones: Libertad de información y derecho al honor. Ofensas a colectivos (pueblo judío).

Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 20.1,a) y d) CE.

En 1990 se presentó una querrela por injurias y escarnio de confesión religiosa, contra el editor y el director de la editorial MAKOKI, S.A., por la publicación en España del álbum «*HITLER=SS*». Admitida la denuncia y la querrela a trámite, el Juez de Instrucción acordó el secuestro de la edición y de sus moldes. Tramitados los oportunos procedimientos, la Audiencia acabó condenando a los encausados. Contra dicha Sentencia se presentó el recurso de amparo, básicamente por entender el recurrente (director de la editorial) que en modo alguno pueden identificarse las expresiones o manifestaciones contenidas en el álbum con la ideología de quienes hayan adquirido los derechos de edición de la obra; y, de otro lado, que se vulnera el derecho a la libertad de expresión e información, al imponer una *suerte de censura* que no contempla la Constitución.

El tema que, lógicamente, mayor interés puede presentar es el del posible conflicto entre el derecho de información/expresión y el derecho al honor. Y, con referencia a este segundo si pueden ser sujetos del mismo colectivos, razas, religiones etc.

En relación al primer tema el TC precisa que al amparo de la libertad de opinión cabe cualquiera, incluso las que ataquen al propio sistema democrático, expresándolo en frase afortunada: «*La Constitución protege también a quienes la niegan*». Lo que sucede, como bien sabemos, es que éste, como casi todos los derechos, tiene como contrapunto el derecho de los demás. Efectivamente, la libre expresión y la no menos libre información tienen como límite el interés general de la información y la existencia de posibles ofendidos. Como señala el TC «*tenemos un dato, el bien jurídico protegido por esta norma, y una incógnita, si las palabras y las imágenes utilizadas en relación a las víctimas del Holocausto lo lesionan ilegítimamente. La lectura [del tebeo aquí enjuiciado] pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy*

principalmente los judíos» (FJ 5.º). La apología de los verdugos no cabe en la libertad de expresión.

En punto a la titularidad de un grupo como sujeto del derecho al honor, entendido como desmerecimiento en la consideración ajena, como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, el TC considera que *«desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica, pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplo. Por ello, pueden a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria o la calumnia»* (FJ 3.º).

Aquí es el pueblo judío en su conjunto quien recibe, como tal grupo, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo pueda defenderse del mismo modo. *«En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su STC 214/1991»* (FJ 3.º).

26. STC 183/1995, de 11 de diciembre (BOE de 12 de enero 1996).

RA. Desestimado.

Ponente: Gimeno Sendra.

Cuestiones: Información. Hechos veraces ilustrados con fotografía ajena a los mismos. Derecho al honor de las personas jurídicas.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 20.1,d) y 20.4 CE.

Bajo el título *«Los andorranos buscan en la Seu sus paraísos prohibidos»*, se publicó un artículo en el que se pormenorizaba sobre la vida nocturna de la Seu d'Urgell, localidad en la que, según los autores del reportaje, era fácil obtener en ciertos locales pequeñas cantidades de hachís. El reportaje se acompañó de la fotografía de una discoteca, en la que podía apreciarse claramente el nombre del local, sin que en el texto se contuviera ninguna referencia al mismo ni se le imputara el desarrollo en su interior de actividades delictivas.

El fondo del reportaje era, al parecer, cierto. Pero la fotografía *«era sólo un instrumento gráfico elegido al azar»*. Los propietarios del local interpusieron por sí, y también en nombre de la compañía titular de la discoteca, la correspondiente demanda por intromisión ilegítima en su honor.

El único punto que merece ser destacado es precisamente el de la posible extensión de la protección del *derecho al honor* a las personas jurídicas. Se trata, por tanto, de la misma cuestión abordada —y resuelta en sentido afirmativo— por la STC 139/95, cuyos fundamentos jurídicos se dan por reproducidos en la que ahora nos ocupa (FJ 2.º).

Con todo se hace un razonamiento muy interesante y que conviene poner de manifiesto: *una media verdad se convierte en mentira*. Así el TC subraya que *«si bien el contenido de lo que se afirmaba en el reportaje no vulneró los límites constitucionales de la libertad de información (ya que, en términos ge-*

nerales, fue veraz y relevante), no podemos afirmar otro tanto en todo lo referente a la incorporación de la fotografía al reportaje, la cual al asociar el contenido de una información, en sí misma neutral, a una persona determinada, provoca en el lector la convicción de que la parte recurrida es autora de los hechos narrados, convirtiendo así en inveraz la noticia en todo lo referente a dicha autoría» (FJ 3.º).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO.

1.1.— El reconocimiento de la filiación paterna por naturaleza del menor adoptado no afecta a la adopción. Compatibilidad de ambas filiaciones. Subsistencia de todos los efectos de la adopción tras la inscripción del reconocimiento efectuado por el padre natural.

Res. de la DGRN de 28 de septiembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 28 de marzo de 1995, Don F.G.R. y D.^a M.S.P., mayores de edad, divorciado y soltera respectivamente, presentaron un escrito ante el Registro Civil de su domicilio por el que el primero reconocía como hijo suyo al menor B.S.P., nacido el 27 de noviembre de 1982, hijo no matrimonial de la promotora, quien consintió este reconocimiento. Asimismo los promotores instaron el oportuno cambio de apellidos del menor a fin de que, en lo sucesivo, ostentase como tales G.S.

Quedó debidamente acreditado que, en 1982, fue inscrito dentro de plazo el nacimiento de B.S.P., quien fue reconocido como hijo no matrimonial por D.^a M.S.P. y, en 1986, adoptado en forma plena por su abuelo materno, Don J.S.B., cuyos apellidos fueron atribuidos al mencionado menor. En enero de 1990 falleció el adoptante.

El Juez Encargado dictó auto acordando la inscripción del reconocimiento de la paternidad al entender, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Fiscal, que la determinación de la filiación natural del adoptado no afecta a la adopción, la cual continúa vigente. Por las mismas razones, denegó el cambio de apellidos del reconocido.

Los promotores recurrieron ante la DGRN frente a la denegación del cambio de apellidos del menor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 47, 108, 109, 113, 120, 124, 178 y 180 del Código Civil; 1, 46, 50 y 56 de la Ley del Registro Civil; 188, 197 y 201 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 17 de julio de 1991.

II.— Según sostienen los recurrentes, la inscripción del reconocimiento ha de conllevar un automático cambio de apellidos del reconocido (cfr. art. 197 RRC), de modo que consten los correspondientes a los progenitores por naturaleza.

La cuestión suscitada requiere precisar previamente que, como ya indicó la Resolución de 17 de julio de 1991, no hay inconveniente legal para que, después de constituida e inscrita una adopción plena, tenga acceso al Registro Civil la filiación por naturaleza del adoptado. Pese a ello, la adopción no se ve afectada (cfr. art. 180-4 CC), y así habrá de reflejarse en el propio asiento, pues no hay incompatibilidad entre la filiación paterna adoptiva y la filiación paterna por naturaleza, y no entran en juego ni el art. 50 LRC, ni el art. 113-2 CC.

La adopción, pues, no queda afectada y sus efectos subsisten, entre ellos, la atribución de los apellidos del adoptante, de suerte que en este caso la determinación ulterior de la filiación paterna por naturaleza no supone una modificación directa de los apellidos anteriores.

Por otra parte, la presente Resolución señala que no es éste el momento de decidir, por faltar la instrucción del necesario expediente (cfr. art. 365 RRC), si concurren los requisitos precisos para un cambio de apellidos (cfr. arts. 57 LRC, 205 y 206 RRC).

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el autor apelado.

1.2.— La sentencia penal no es título hábil para impugnar una filiación inscrita ni para fundar sobre ella un expediente gubernativo que implica no la mera rectificación, sino un cambio total de la filiación que proclama el Registro Civil.

Res. de la DGRN de 28 de septiembre de 1995 (3.ª)

HECHOS:

Por virtud de sentencia penal firme de fecha 2 de febrero de 1995, D.ª E.M.B. fue condenada por un delito de uso de documento de identidad falso y por otro contra el estado civil de las personas, quedando probado que la condenada hizo uso del D.N.I. de su hermana, D.ª F.M.B., para ingresar en un Hospital donde dió a luz a una niña, que fue después inscrita como hija de la hermana de la madre.

El 16 de marzo de 1995 el Ministerio Fiscal instó de la Juez Encargada del Registro Civil competente fuese incoado expediente se rectificación de error en la inscripción de nacimiento de la menor, pues la filiación materna inscrita es contra-

dictoria con la sentencia penal citada, en la que se evidencia que la verdadera madre es D.^a E.M.B.

La Juez Encargada dictó providencia por la que declaraba no haber lugar a instruir el expediente de rectificación de error. Dicha providencia fue impugnada en reposición por el Ministerio Fiscal ante la propia Juez Encargada, quien dictó auto desestimando la pretensión deducida al considerar que no se trata de una mera rectificación de error, sino de un cambio de filiación de la menor, y que la sentencia penal no ordena en su fallo dicha rectificación, pese a la contradicción existente entre los hechos que declara probados y la inscripción de nacimiento.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente al referido auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 113, 114, 120 y 124 del Código Civil; 50, 92 y 93 de la Ley del Registro Civil; 12 y 293 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 22 de enero, 40 de abril, 23 de mayo, 10 de junio, 12 de septiembre y 22 de noviembre de 1994, y 18 de mayo de 1995.

II.— El Ministerio Fiscal, en su recurso, entiende aplicable al caso el art. 293 RRC, a cuyo tenor «las inscripciones no pueden rectificarse en virtud de sentencia recaída en proceso penal; no obstante, en cuanto sean contradictorias con los hechos que la sentencia declara probados, serán rectificadas mediante expediente gubernativo». Y la presente Resolución señala que este precepto reglamentario ha alcanzado mayor valor normativo por virtud del art. 114 CC, según el cual «Los asientos de filiación podrán ser rectificadas conforme a la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de los especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación. Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados».

A la vista de estas normas, el Ministerio Fiscal estima procedente la incoación de un expediente gubernativo para rectificar el asiento en el sentido de que la madre que dió a luz no ha sido F.M.B., sino su hermana, E.M.B. El Juez Encargado se opone alegando que, por virtud de los arts. 50 y 92 LRC, el camino apropiado para rectificar la inscripción de nacimiento es la vía judicial civil ordinaria, puesto que no se trata de un error, sino de un cambio total de la filiación inscrita.

III.— Ante esta disyuntiva, la Resolución acoge la opinión del Juez Encargado, puesto que los arts. 114 CC y 293 RRC permiten la rectificación por expediente de los datos o circunstancias que consten en el asiento de filiación, pero se deja a salvo lo especialmente dispuesto en el Código Civil sobre acciones de impugnación, y no hay duda de que en este Cuerpo legal tales acciones han de ejercitarse en un juicio a instancia de las personas legitimadas al efecto (entre ellas, el Ministerio Fiscal: art. 129 CC), que ha de sustanciarse ante la jurisdicción civil por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía (art. 484-2 LEC).

La sentencia penal no es, por tanto, título hábil para impugnar la filiación inscrita ni para fundar sobre ella un expediente gubernativo que implica, no la rectificación, sino la contradicción total con la filiación que proclama el Registro. El art. 114 CC se remite, en materia de rectificación, a la Ley del Registro Civil y ésta, en casos como el presente, no permite acudir al cauce del expediente gubernativo.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

1.3.— Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Hijo de madre casada: filiación matrimonial; presunción legal de paternidad del marido de la madre; no es necesario comprobar, además, la posesión de estado de dicha filiación matrimonial.

Res. de la DGRN de 11 de diciembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 10 de mayo de 1995, Don F.L.T., divorciado, y D.^a M.C.E., casada, solicitaron ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio la inscripción de nacimiento del hijo de ambos, nacido el 6 de febrero de 1995. Asimismo, el promotor reconoció como hijo suyo no matrimonial al mentado menor, cuya madre reconoció expresamente dicho reconocimiento.

Quedó acreditado que la promotora está casada con Don F.T.C., quien se halla ingresado en prisión desde el 12 de julio de 1994. Según declaró la promotora, el matrimonio se halla en trámites de separación, y no ha convivido con su esposo desde el 9 de mayo de 1994.

Don F.T.C. declaró ignorar si el menor cuya inscripción de nacimiento se pretende es hijo suyo o no, ya que por las fechas de su concepción él estaba en libertad, y se opuso a que en dicha inscripción figure como padre el promotor mientras no se acredite, por la oportuna prueba de paternidad, quién es el verdadero progenitor.

El Juez Encargado dictó auto acordando la inscripción de nacimiento del menor y significando que, no habiendo quedado desvirtuada la presunción de paternidad del marido de la madre, este último debía figurar registralmente como padre, sin perjuicio de las oportunas acciones de filiación por los legitimados para ello.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho autor ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 13 de mayo y 25 de noviembre de 1987, 4 de febrero, 13 de abril, 10 de mayo, 9 de junio y 17 de octubre de 1988, 10 de marzo, 13 y 14 de noviembre de 1989, 16 de marzo, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 27 de agosto de 1991, 26 de junio de 1992, 17 de junio y 18 de septiembre de 1993, 22 de noviembre de 1994 y 22 de junio de 1995.

II.— En el presente caso, cuando el parto tuvo lugar la madre estaba casada y no habían transcurrido trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. En consecuencia, es obligado inscribir la filiación matrimonial debido a la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 CC) y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal pre-

sunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC), presunción que está reforzada por la de convivencia de los cónyuges (cfr. art. 69 CC) .

Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones de la DGRN en la materia, a partir de la de 13 de mayo de 1987, para practicar dicha inscripción no es necesario que se compruebe, además, la posesión de estado de filiación matrimonial, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del art. 314 RRC por el R.D. 1987/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al art. 113 CC, y en las condiciones que precisa este precepto, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

III.— En el presente caso, puesto que no ha transcurrido el plazo de trescientos días entre la separación de hecho y el nacimiento, deberá inscribirse la filiación matrimonial del menor. Y ello pese a la oposición de la madre y del varón que ha reconocido la filiación no matrimonial, puesto que tal circunstancia no tiene valor en el ámbito registral, sino que deberá hacerse valer en la vía judicial oportuna.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar íntegramente el auto apelado, dejando a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial y la reclamación de la no matrimonial por los legitimados al efecto.

1.4.— Inscripción de filiación paterna no matrimonial: hija póstuma de padre casado. A falta de documento indubitado de reconocimiento por parte del padre fallecido, habrá de tramitarse el oportuno expediente registral. Oposición de la esposa del padre.

Res. de la DGRN de 14 diciembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 17 de abril de 1995, D.^a M.S.M., divorciada, solicito ante el Registro Civil de su domicilio la inscripción de nacimiento de la menor C.B., nacida el 2 de abril de 1995, como hija no matrimonial de la promotora y de Don R.M.M., quien falleció intestado el 17 de agosto de 1994.

Los padres de Don R.M.M., el día 4 de noviembre de 1994, otorgaron ante Notario escritura de fijación de derechos en la que manifestaron constarles que el «nasciturus» (hijo de D.^a M.S.M.) fue procreado por su difunto hijo y, en consecuencia, le reconocían como hijo no matrimonial de éste. Además, ante el Juez Encargado, ratificaron dicha escritura y manifestaron que D.^a M.S.M. convivió con Don R.M.M. durante los dos años previos a su fallecimiento.

Quedó acreditado que, en el momento de su muerte, Don R.M.M. estaba casado con la Sra. P.M.; que no tuvieron descendencia; y que la separación del matrimonio fue decretada por sentencia judicial firme de 31 de enero de 1994.

La esposa de Don R.M.M. se opuso a la inscripción solicitada por razón de la esterilidad que padecía el difunto.

El Juez Encargado dictó auto por el que, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Público, declaró procedente la inscripción instada pese a la oposición de la

Sra. P.M., al considerar que ésta, amén de carecer del oportuno interés en el objeto del expediente, ha presentado una prueba que no supone ningún obstáculo para acceder a la pretensión de la promotora.

Dicho autor fue recurrido ante la DGRN por la esposa del presunto padre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 39 de la Constitución; 135 del Código Civil en su redacción originaria; 3, 112, 113, 120, 122, 124, 135, 834 y 945 del Código Civil; 49 de la Ley del Registro Civil; 189 y 346 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 26 de diciembre de 1968, 14 de agosto de 1973, 30 de mayo de 1977, 2 de septiembre 1986, 23 de mayo de 1988, 6 de abril y 5 de noviembre de 1991, 3 de abril, 8 de junio y 25 de septiembre de 1992, 29 de mayo y 13 de octubre de 1993, 13 de enero, 23 de septiembre, 13 de octubre y 6 de noviembre de 1995.

II.— Puesto que el presunto padre ha muerto antes del nacimiento de la niña, la inscripción de la filiación paterna sólo es posible, por vía registral, a través del expediente al que alude el art. 120-2 CC y que está regulado por los arts. 49 LRC y 189 RRC. La inscripción de la paternidad por este camino requiere, en ausencia de documento indubitado del padre, que el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Además, como requisito procedimental complementario, es necesario que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de parte interesada, notificada personal y obligatoriamente, pues si esta oposición -formulada en tiempo oportuno y expresando las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen (cfr. art. 189 RRC)- se produce, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por la vía judicial ordinaria.

III.— En el presente caso, el Ministerio Fiscal y la familia más próxima del varón fallecido han dado su pleno apoyo a la pretensión de la madre de la nacida, pero se opuso a ella la esposa del fallecido. Es preciso, pues, decidir si esta oposición es suficiente para impedir la aprobación del expediente.

A tales efectos, esta Resolución entiende que la mencionada oposición no llegó a rebatir la posesión de estado, sino que se limitó a alegar sin pruebas la esterilidad del marido; y que no hay ningún motivo para reconocer a la esposa un interés legítimo que la faculte para constituirse en parte y formular la oposición que ha intentado.

En efecto, los interesados que han de ser notificados, personal y obligatoriamente, del expediente de inscripción de la paternidad no matrimonial son quienes pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos (cfr. art. 346 RRC). En el caso presente, la esposa no puede quedar afectada por la filiación discutida, puesto que la sentencia de separación de los cónyuges ha quedado firme y en ella no se hace declaración de culpabilidad de ninguno de los cónyuges. Por ello, la viuda no es heredera abintestato de su marido (cfr. art. 945 CC), ni tampoco legitimaria de éste (cfr. art. 834 CC), de modo que ni su estado civil, ni sus derechos se ven afectados por el hecho de que su esposo haya tenido un hijo no matrimonial.

Además, no hay otros hijos del difunto y los padres de éste, que le heredarían abintestato de no haber nacido la hija póstuma, han prestado su total consentimiento a la filiación paterna de ésta.

IV.— La única dificultad, pues, que podría aducirse para afirmar la inexistencia de la posesión de estado de esta filiación paterna consistiría en el hecho de haber fallecido el padre en el octavo mes anterior al nacimiento. Ahora bien, como tuvo ocasión de declarar reiteradamente la DGRN (y en una época en la que el rigor del Código Civil en la materia contrastaba con la amplitud del vigente art. 135 CC), no podía ser el mismo el criterio para apreciar la intervención del padre en la posesión de estado en los procesos de reconocimiento forzoso y, por tanto, contra la oposición de los interesados, que en los expedientes gubernativos del art. 49 LRC, en los que debería haber siempre una mayor amplitud, pues precisamente era y es presupuesto imprescindible la falta de oposición de verdaderos interesados. En este último ámbito, aunque se estimara que los actos de la familia fueran por sí solos insuficientes para constituir, frente a la negativa o indiferencia del padre, la posesión continua del estado de filiación, había que concluir que, en cambio, sí que bastaba para justificar tal posesión la constante, ostensible y directa conducta de la familia en el sentido de tener al nacido como hijo no matrimonial cuando esta conducta tenía su base y arranque en la misma conducta del presunto padre.

En el presente caso, la posesión de estado tiene su base última en la acreditada unión de hecho entre los progenitores, que se remonta al mes de junio de 1993, y no era desconocida, por la esposa del difunto, según se deduce de las incidencias producidas durante el pleito de separación de los cónyuges.

V.— Resuelto con éxito este expediente, la inscripción de la filiación de la menor no exige, como requisito complementario, la aprobación judicial impuesta en ciertos casos por el art. 124-1 CC. En efecto, la ausencia de oposición, en las condiciones expuestas, equivale a la conformidad de todo el círculo de personas que han de defender el interés del menor y, por tanto, al consentimiento expreso del representante legal, cuya concurrencia permite prescindir de la aludida aprobación judicial, según el propio art. 124-1 CC. En este sentido, el actual art. 189 RRC ha suprimido la referencia expresa a esa aprobación judicial, que antes aparecía en el primer párrafo del correlativo precepto reglamentario, que era el art. 188 en su redacción anterior al R.D. 1917/1986, de 29 de agosto.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2. EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL.

2.1.— Dispensa del impedimento de parentesco colateral por consaguinidad hasta el tercer grado. Normativa reguladora del oportuno expediente. Circunstancias que constituyen justa causa para la dispensa.

Res. de la DGRN de 18 de octubre de 1995.

HECHOS:

Con fecha 8 de agosto de 1995, Don G.C.A. y D.^a M.L.C., mayores de edad y solteros, deseando contraer matrimonio civil, promovieron expediente ante el Registro

Civil de su domicilio a fin de que les fuese dispensado el impedimento de parentesco en que incurren, habida cuenta de su condición de tío y sobrina carnales, por ser el primero hermano de doble vínculo de la madre de la segunda.

Los promotores han convivido durante veintidós años, a lo largo de los cuales D.^a M.L.C. ha prestado a Don G.C.A. el auxilio y asistencia que éste necesita por sufrir determinada enfermedad crónica y grave que le incapacita físicamente.

El Juez Encargado dictó auto por el que, en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, denegó la dispensa instada al considerar que no concurría el requisito de la justa causa para conceder tal dispensa.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 47 y 48 del Código Civil, 74 de la Ley del Registro Civil; 260, 261, 355 y 365 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 30 de noviembre de 198g; y las Resoluciones de 25 de enero de 1985 y 28 de diciembre de 1987.

II.— Con carácter previo debe señalarse que, a tenor del art. 47-2 CC, no pueden contraer matrimonio entre sí los «colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado», pero el art. 48-2 del propio Cuerpo legal añade que «el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte» el impedimento del tercer grado entre colaterales.

Además, los expedientes de dispensa, aunque su decisión corresponda en ciertos casos al Juez de Primera Instancia, son expedientes regidos fundamentalmente por la legislación del Registro Civil (cfr. Res. de 25 de enero de 1985), por lo que contra la decisión desfavorable del Juez Encargado del Registro Civil cabe recurso ante la DGRN.

III.— En el presente caso, el Juez Encargado no ha estimado como justa causa suficiente para la dispensa el hecho comprobado de que, por incapacidad física del promotor, éste y la promotora han convividos durante veintidós años.

Esta postura, demasiado rigorista, no debe prevalecer. En efecto, según el art. 260 RRC, quien solicite la dispensa debe acreditar los motivos de índole particular, familiar o social que invoque. Aunque estas expresiones, como la misma de justa causa, constituyen conceptos indeterminados de difícil evaluación, es menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de afecto entre ambos que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la «*affectio maritalis*», cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad.

La Dirección General acuerda estimar el recurso y dispensar a los interesados del impedimento de parentesco que les afecta, sin que esta dispensa prejuzgue la inexistencia de otros obstáculos que eventualmente puedan descubrirse en la tramitación del expediente previo para la celebración del matrimonio civil.

2.2.— La comprobación de la veracidad del consentimiento matrimonial no puede coartar el derecho fundamental a contraer nupcias. La situación administrativa, incluso irregular, del extranjero en España, tampoco puede impedir la celebración del matrimonio. La investigación policial sobre el comportamiento prematrimonial podría attentar a la intimidad personal.

Res. de la DGRN de 25 de septiembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 16 de mayo de 1995, Don J.I., paquistaní, y D.ª M.R.P., española, solteros y domiciliados en España, solicitaron ante el Registro Civil competente les fuera señalado día y hora para la celebración del matrimonio que tenían proyectado contraer.

El Juez Encargado practicó la preceptiva audiencia reservada con los promotores, cerciorándose de que ambos reunían las condiciones necesarias para contraer matrimonio.

El Ministerio Fiscal interesó oficiar a la Policía para que ésta informe si Don J.I. cuenta con permiso de residencia; si, en su caso, existe pendiente o resuelto expediente de expulsión; y si los promotores «aparentan» tener relación prematrimonial coherente con su solicitud.

El Juez Encargado, sin atender a la petición del Ministerio Fiscal, dictó auto declarando procedente la celebración del matrimonio proyectado.

El Ministerio Fiscal impugnó dicho auto ante la DGRN, reiterando la práctica de las diligencias interesadas a fin de emitir un nuevo informe en orden a formular o no oposición al futuro enlace.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 de derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 245, 246, 247, 343 y 344 del Reglamento del Registro Civil; las Instrucciones de 7 de marzo de 1974 y 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9 de octubre y 3 de diciembre de 1993, 21 de junio de 1994, 20 de enero y 30 de mayo de 1995.

II.— Dado que el «ius nubendi» es un derecho fundamental de la persona, no tolera limitaciones infundadas, ni es posible coartarlo en el expediente previo a su celebración exigiendo trámites dilatorios o desproporcionados.

Así lo puso de relieve, con carácter general, la Instrucción de la DGRN de 7 de marzo de 1974 y no lo ha desconocido la posterior Instrucción de 9 de enero de 1995, la cual, si bien supone un recordatorio para evitar en la medida de lo posible la celebración de matrimonios fraudulentos, indica textualmente que su intención «no es la de coartar un derecho fundamental de la persona, como lo es el de contraer matrimonio, sino sólo el de encarecer a los Encargados de los Registros Civiles que, sin mengua

de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo».

III.— En el caso presente, el Juez Encargado llegó a la profunda convicción de que no existían razones ajenas a la esencia del matrimonio para su celebración, por lo que las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal, pese a su encomiable celo, deben considerarse desproporcionadas y su ejecución contribuiría a una demora injustificada.

Por un lado, la situación administrativa del extranjero en España, aunque sea irregular, no puede impedir la celebración del enlace (cfr. Res. de 32 de diciembre de 1993). Por otro lado, la investigación policial sobre el comportamiento prematrimonial de los promotores es a todas luces una medida excesiva, que podría atentar a la intimidad personal y cuyo resultado poco aclararía, en realidad, sobre la voluntad interna de los contrayentes. Esta medida excede de las posibilidades del expediente previo y son otros los caminos que debe recorrer el Ministerio Fiscal para poder denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo a la celebración del matrimonio (cfr. art. 247 RRC y la regla 4.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995).

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3. INSCRIPCION DE MATRIMONIO.

3.1.— Imposibilidad de inscribir o anotar en el Registro Civil el matrimonio en forma canónica de los cónyuges previamente casados entre sí en forma civil.

Res. de la DGRN de 30 de septiembre de 1995

HECHOS:

Según consta en el asiento correspondiente, Don J.M.A. y D.ª M.R.M. contrajeron matrimonio civil en septiembre de 1994.

Con fecha 12 de mayo de 1995, ante el Registro Civil de su domicilio, D.ª M.R.M. solicitó la anotación marginal del posterior matrimonio canónico contraído por los mismos cónyuges.

El Juez Encargado dictó auto denegando la anotación instada por considerar que las inscripciones y anotaciones practicables en el Registro Civil constituyen «*numerus clausus*», siendo así que la solicitada no se incluye entre las legalmente previstas.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, publicado en el B.O.E. de 15 de diciembre de 1979; los arts. 59, 60, 61 y 80 del CC; 1, 38 y 70 de la Ley del Registro Civil; 271 y 339 del Reglamento del Registro Civil; 263 del vigente Reglamento del Registro Civil; 263 del Reglamento del Registro Civil en su redacción por el Decreto de 14 de noviembre de 1958; las Cir-

culares de 15 de febrero de 1980 y de 16 de julio de 1984, y la Resolución de 26 de diciembre de 1992.

II.— El art. 263 RRC, en su redacción de 1958, cuando estaba vigente un sistema matrimonial muy distinto del actual, preveía que la celebración del matrimonio canónico entre los mismos cónyuges, ya casados civilmente, se inscribiría al margen del asiento en virtud de certificación eclesiástica. Pero dicho artículo fue derogado por la reforma del Reglamento llevada a cabo por el R.D. 1917/1986, de 29 de agosto, y de ello se deduce que no es factible practicar esta inscripción marginal, ni tampoco la anotación solicitada por la promotora, porque se trata de unos asientos no contemplados hoy expresamente y, tanto en materia de inscripciones como de anotaciones, rige el principio del «*numerus clausus*» (cfr. arts. 1 y 38 LRC).

Esta imposibilidad de reflejar en el Registro Civil el hecho de que los cónyuges casados civilmente han contraído después entre sí matrimonio en forma canónica, no supone infracción de las normas de nuestro Ordenamiento que reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. En efecto, tales efectos civiles los ha producido ya ese mismo matrimonio desde su celebración civil, y sería contradictorio con el valor del asiento practicado que, por un asiento ulterior, pudiera deducirse que esos efectos civiles, quizás con un alcance distinto, pudieran producirse a partir de una fecha posterior.

III.— Frente a las anteriores consideraciones, explícitas en la Resolución de 26 de diciembre de 1992, carecen de valor los argumentos esgrimidos en el recurso. De un lado, porque la anotación con valor simplemente informativo que se solicita no está prevista en la Ley ni en el Reglamento del Registro Civil, por lo que mal puede invocarse para justificarla el art. 38-6 LRR. Por otra parte, es una situación totalmente distinta, y de aquí su razonable diferencia de régimen, que una persona contraiga inicialmente matrimonio en forma canónica y que lo contraiga en forma civil. En este segundo caso, el ulterior enlace canónico entre los mismos cónyuges es un hecho sin efectos jurídicos, que afecta exclusivamente a su esfera personal religiosa.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el autor apelado.

3.2.— Impedimento de ligamen. Validez de un anterior matrimonio civil, contraído en el extranjero conforme a la «lex loci», no inscrito en el Registro Civil. Necesidad del oportuno «exequatur» para la eficacia de la posterior sentencia extranjera de divorcio.

Res. de la DGRN de 11 de noviembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 22 de mayo de 1995, D.^a T.S.A., española y residente en C. (Venezuela), solicitó ante el Registro Civil Consular de España en esa ciudad la inscripción de su matrimonio con Don J.S.Q., venezolano y también residente en dicho país. El enlace se celebró bajo forma civil, el día 13 de junio de 1955, y bajo forma canónica, el 15 de junio de 1955, en Venezuela.

Según quedó acreditado, al tiempo de celebrarse el referido enlace, Don J.S.Q. era de estado civil soltero; y D.^a T.S.A. divorciada, pues había contraído anterior matrimonio (en el año 1952) con otro varón, en el mentado país y en la forma civil local, cuyo divorcio fue decretado, mediante sentencia firme de la autoridad judicial venezolana, en mayo de 1955.

El Cónsul General de España en C., en funciones de Encargado del Registro Civil Consular, acordó en trámite de calificación denegar la inscripción instada al considerar que el anterior matrimonio de la promotora lo impide.

La promotora interpuso recurso frente al citado acuerdo ante la DGRN, alegando que sus dos matrimonios fueron celebrados en fechas en las que sólo el matrimonio eclesiástico tenía valor en España, siendo así que únicamente el segundo enlace revisó tal forma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 11, 42, 100 y 101 del Código Civil en su redacción originaria; 9, 46, 61, 65 y 107 del Código Civil; 23, 24, 26, 70 y 73 de la Ley del Registro Civil; 951 a 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 85, 94, 256 y 265 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 14 de marzo de 1967, 13 de junio y 26 de diciembre de 1978, 19 de enero de 1979, 30 de junio, 23 de noviembre y 23 de diciembre de 1981, 1 de junio de 1989, 5 de octubre de 1990, 27 de junio y 20 de noviembre de 1992, 15 de junio de 1993, 24 de mayo y 2 de junio de 1994.

II.— Pese a las alegaciones de la promotora, su primer matrimonio civil ha de estimarse válido formalmente aunque no fuera autorizado por el Cónsul de España. En este sentido conviene señalar que, si bien en la época en que se celebró dicho matrimonio se sostuvo que el párrafo final del art. 100 CC imponía la competencia exclusiva de los Cónsules y Vicecónsules para autorizar los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, se apoyaba en más sólidas razones la tesis contraria, conforme a la cual el matrimonio civil podía contraerse con arreglo a la forma local en vigor en el país extranjero y sin intervención del Cónsul español. Esta tesis, cuyo fundamento eran los arts. 70 LRC de 1870 y el art. 11 originario del CC, así como las exigencias del «ius nubendi», es la única que vino a suponer admisible el art. 73 LRC de 1957.

En consecuencia, aunque ese primer matrimonio civil no haya sido inscrito en el Registro Consular, es válido y produce sus efectos desde su celebración (cfr. arts. 61 CC y 70 LRC). En aras del principio de concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC) debe promoverse ahora de oficio la inscripción omitida, sin que después de la entrada en vigor de la Constitución pueda suponer un obstáculo para ella la antes exigida prueba de la acatolicidad, pues hoy no puede nadie ser obligado a declarar sobre su religión (art. 16-2 CE).

III.— En cuanto a la posterior disolución de tal matrimonio, para que la sentencia venezolana de divorcio produzca efectos en el Ordenamiento español, es imprescindible (cfr. art. 107-2 CC) que la misma sea reconocida conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que, no existiendo tratado internacional sobre este punto, ha de obtenerse su «exequatur» ante la Sala I del Tribunal Supremo.

Mientras este trámite no quede cumplido, no es posible la inscripción del segundo matrimonio de la española divorciada por subsistir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen (cfr. art. 46-2 CC). La calificación del Cónsul Encargado para denegar la inscripción tiene, pues, su base en el principio de legalidad que le obliga a comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos para la validez del matrimonio (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

IV.— Frente a estas conclusiones, no hay razones bastantes para negar validez al matrimonio civil local celebrado en 1952 y es esta validez la que impide la inscripción del posterior matrimonio civil de 1955. Además, es irrelevante el hecho de que dos días más tarde a este último los mismos contrayentes solemnizaron su unión ante la Iglesia Católica, pues el matrimonio inscribible será, en su caso, el primero contraído en forma válida. Finalmente, el hecho de que se haya hecho referencia a ese enlace eclesástico en un antiguo pasaporte de la recurrente es una cuestión administrativa que nada prueba al margen del Registro Civil en el intento de dar valor a tal unión religiosa.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y ordenar al Cónsul Encargado que promueva de oficio la inscripción del primer matrimonio del recurrente.

3.3.— Requisitos para la inscripción en el Registro Civil de matrimonio secreto celebrado según las normas del Derecho canónico.

Res. de la DGRN de 5 de diciembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 21 de junio de 1994, ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, D.^a J.M.T. solicitó la inscripción del matrimonio canónico secreto por ella contraído el 22 de octubre de 1952 con Don P. L. L., en la Parroquia del C. C. (Sevilla). Dicha inscripción había sido anteriormente solicitada por la interesada y denegada por auto del Registro Civil Central de 17 de julio de 1993.

Don P.L.L. falleció el 21 de agosto de 1971, y ninguno de sus parientes compareció en las actuaciones.

El Arzobispado de Sevilla remitió informe manifestando que, según el Tribunal eclesástico competente, no consta el pretendido matrimonio canónico secreto; que la Congregación de Sacramentos, en el año 1988, dio por cerrado el caso, el cual sólo podría ser reabierto con la presentación de documentos originales; y que las peritaciones caligráficas hicieron dudar de la autenticidad de los documentos que les fueron aportados.

Ante el Registro Civil de su domicilio la promotora presentó fotocopia de acta autorizada por Notario el 24 de mayo de 1968 a requerimiento del Sr. R.C., en la que éste manifestaba constarle que la promotora y Don P.L.L., de quien era amigo, contrajeron matrimonio secreto; y entregó un acta parroquial, al parecer relativa al pretendido matrimonio y en muy mal estado de conservación, que había recibido de un Sacerdota ya fallecido, quien estuvo destinado en la Parroquia del C.C. (Sevilla).

El Sr. R. C., en comparecencia ante el Juez Encargado el 20 de julio de 1994, manifestó que no conoció a Don P.L.L., que ignora si se casó o no con la promotora, y que su intervención en el presente caso se limitó a presentar al Notario el documento parroquial que obraba entonces en su poder, por habérselo solicitado así una tercera persona también fallecida.

Asimismo se unieron a las actuaciones fotocopias, una de ellas legalizada, concernientes a un expediente de jurisdicción voluntaria en relación con un testamento ológrafo de Don P.L.L.; fotocopia de dictamen caligráfico de la firma estampada en el expediente matrimonial; informe del destino del Sacerdote mentado en la Parroquia del C.C.; y certificación registral acreditativa de que el nacimiento de la promotora no aparecer inscrito en el Registro Civil y en la fecha por ella indicados.

El Juez Encargado dictó auto denegando la práctica de la inscripción instada al entender, con invocación de los art. 28, 71-2 LRC, 23, 60 y 63 CC, que la falta de rigor tanto de los primeros documentos eclesiósticos presentados, amén de no ser originales, como de los que posteriormente se aportaron, además de lo informado tanto por el Tribunal de 1.ª Instancia como por la Sagrada Congregación de Sacramentos, lleva a la conclusión de que no se ha acreditado la celebración del pretendido enlace.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 75, 77 y 79 del Código Civil en su redacción originaria; 63 y 64 del Código Civil; 78 y 7g de la Ley del Registro Civil; 270 del Reglamento del Registro Civil; y VI del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 9 de enero de 1979.

II.— En el presente caso la cuestión a decidir es la posibilidad de inscribir en el Registro Civil ordinario del lugar de celebración un pretendido matrimonio canónico secreto contraído en 1952.

Para esa inscripción directa, tanto las normas vigentes en aquella fecha como las actuales requieren, en ausencia de la inscripción previa en el Libro especial de Matrimonios Secretos del Registro Civil Central, la presentación de la oportuna certificación eclesióstica de la existencia del matrimonio.

Sin embargo, la documentación presentada por la promotora no es suficiente para acreditar que el matrimonio se ha celebrado según las normas del Derecho canónico, puesto que un Tribunal eclesióstico ha llegado a la conclusión contraria y esta decisión ha sido confirmada por la Sagrada Congregación de Sacramentos, incluso en 1988, cuando subordinó la reapertura del caso a la presentación de los originales recibidos en fotocopias.

III.— Puesto que no consta dicha reapertura, el asunto está canónicamente cerrado, por lo que es obvio que sólo compete a la Iglesia Católica volverse de su decisión. Mientras ésto no ocurra, no puede inscribirse un pretendido matrimonio canónico cuya existencia no está comprobada, ni pueden tomarse en consideración por el Registro Civil los documentos aportados.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

4. NACIONALIDAD.

4.1.— La adquisición de la nacionalidad española «iure soli», al amparo del art. 17.1.c) CC, requiere que la legislación de ninguno de los progenitores atribuya al hijo una nacionalidad.

4.1.-1) El hecho de que los progenitores tengan la condición de refugiados no implica que hayan perdido su nacionalidad iraní, ni que dicha nacionalidad no se haya transmitido a su hija.

Res. de la DGRN de 5 de octubre de 1995

HECHOS:

Con fecha 26 de agosto de 1992, los cónyuges Don S.K. y D.^a G.A.C., iraníes nacidos fuera del territorio español, ante el Registro Civil de su domicilio en España promovieron expediente a fin de que fuese declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de la hija de ambos, nacida en B. (España) en septiembre de 1986 e inscrita en el Registro Civil de dicha ciudad.

Quedó acreditado que los progenitores obtuvieron la condición de refugiados el 12 de abril de 1989, condición que se extiende a su mencionada hija.

Por escrito de la Embajada de la República de Irán en M., fechado el 30 de noviembre de 1992, se informa que, conforme a la legislación de ese país, los hijos de padre iraní son considerados de dicha nacionalidad incluso si nacen fuera de Irán.

El Juez Encargado dictó auto por el que, en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, denegó lo solicitado.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 17, 21 y 22 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 337, 338 y 351 del Reglamento del Registro Civil; la Convención de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, a los que España se ha adherido el 22 de julio de 1978; la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 16 de mayo; el Reglamento de aplicación de esta Ley, aprobado por el R.D. 203/1995, de 10 de febrero; y la Resolución de 16 de noviembre de 1992.

II.— En el presente caso, la petición de los promotores se funda en el art. 17.1.c) del CC (idéntico al art. 17.3.º CC en su redacción por Ley 51/1982) cuando establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros... si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Sin embargo, no ha llegado a justificarse que no le corresponda a la nacida la nacionalidad iraní de sus padres.

En efecto, el hecho de que la familia tenga la condición de refugiada en España no implica que sus componentes hayan perdido su nacionalidad iraní, ni que ésta no se haya transmitido a la hija.

Es cierto que los recurrentes no pueden probar su nacionalidad por medio de documento expedido por las autoridades de su país de origen (cfr. art. 25 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), pero esta imposibilidad «de facto» no equivale a la pérdida de la nacionalidad del matrimonio refugiado, nacionalidad que ha pasado «iure sanguinis» a la hija, según el conocimiento adquirido del contenido y vigencia del Derecho iraní aplicable (cfr. art. 12.6 CC).

III.— Esta conclusión negativa no supone la desprotección de la hija, pues los beneficios inherentes a la condición de refugiado se extienden a los descendientes de primer grado (cfr. art. 10.1 de la Ley de 26 de marzo de 1984). Además, tanto los padres como la hija podrán adquirir la nacionalidad española, si mantienen esa condición, en el plazo abreviado de cinco años de residencia en España (cfr. art. 22.1 CC y 35 del R.D. de 10 de febrero de 1995); y la hija, además, como nacida en España, en el plazo más breve de un año (cfr. art. 22.2.a del CC).

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

4.1.-2) Cuando la exigencia de inscripción del nacido en un Registro Consular extranjero opere como mero requisito formal para el reconocimiento de una nacionalidad ya atribuida «ex lege», la ausencia de tal requisito no determina la apatridia de aquél: hijo de padre angoleño y madre zaireña.

Res. de la DGRN de 23 de noviembre de 1995 (3.ª)

HECHOS:

Con fecha 20 de febrero de 1995, Don L.M. y D.ª B.N., solteros, angoleño y zaireña respectivamente, nacidos ambos fuera del territorio español, ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio promovieron expediente a fin de que fuese declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española del hijo de ambos, nacido en España el 31 de diciembre de 1994.

Según certificación expedida por la Embajada de la República de Angola, el hijo de los interesados no está registrado en la misma y, en consecuencia, no es angoleño. La certificación expedida por la Embajada de la República del Zaire, con contenido similar a la anterior, acredita que el menor no es zaireño.

La Juez Encargada dictó auto acordando la anotación con valor de simple presunción de la nacionalidad española de origen del menor, al considerar aplicable el art. 17.1.c del CC, puesto que ninguna de las nacionalidades de los progenitores es atribuible de modo automático, sino que para su adquisición es imprescindible la inscripción en los correspondientes Registros consulares.

El Ministerio Fiscal recurrió frente a dicho auto ante la DGRN. Posteriormente, la Juez Encargada informó a la Dirección General haber tenido noticia de la nueva Ley angoleña de nacionalidad, de 11 de mayo de 1991, que atribuye automáticamente esa nacionalidad a los hijos de angoleños, haciendo desaparecer así el motivo de aplicabi-

lidad del art. 17.1.c del CC y, en consecuencia, debería ser dictada resolución revocatoria del auto apelado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338, 340 y 344 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 17 de enero y 6 de septiembre de 1995.

II.— En el presente caso no ha quedado acreditado que a la menor, respecto de la cual se solicita sea declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española, la legislación de ninguno de sus progenitores le atribuya una nacionalidad.

Respecto del padre angoleño de la menor, ha resultado probado que, según la Ley angoleña de nacionalidad de 1991, son angoleños los nacidos en el extranjero cuando uno de los padres es angoleño. Y no se ha justificado que la inscripción de nacimiento en la Sección consular de la Embajada funcione como condición indispensable para la atribución de la nacionalidad angoleña, sino simplemente como requisito formal para el reconocimiento de la nacionalidad ya atribuida «ex lege» y que pueden los padres hacer efectiva en cualquier momento. Así pues, como ya indicó para un caso análogo la Res. de 17 de enero de 1995, no se da el supuesto de hecho previsto para la atribución de la nacionalidad española «iure soli» por el art. 17.1.c del Código Civil, la cual está supeditada a que el nacido en España no tenga otra nacionalidad «iure sanguinis», evitando así situaciones de apatridia originaria.

Ha de añadirse que la nacida tiene, además, por «ius sanguinis» la nacionalidad zaireña de la madre, porque (cfr. Res. de 6 de septiembre de 1995), según la Ley de nacionalidad zaireña de 1981, es zaireño el hijo de padre o madre zaireños, con independencia del lugar de nacimiento y sin que exista norma que supedita la adquisición originaria de la nacionalidad a la inscripción de nacimiento en el Consulado.

La Dirección General acuerda estimar el recurso y revocar el auto apelado.

4.1.—3) Hija no matrimonial de padres marroquíes. Ineficacia para el Ordenamiento marroquí del reconocimiento otorgado por el padre. Atribución de la nacionalidad marroquí a los hijos de madre marroquí y padre desconocido.

Res. de la DGRN de 7 de diciembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 15 de mayo de 1995, D.^a F.S., ante el Registro Civil de su domicilio en España, promovió expediente a fin de que fuese declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de su hija, nacida en España el 16 de junio de 1993 e inscrita en el Registro Civil español del lugar de nacimiento como hija no matrimonial de la promotora y de Don M.K.L., ambos solteros, marroquíes y nacidos en Marruecos. El padre de la menor no intervino en las actuaciones.

Según certificado expedido por el Consulado General del Reino de Marruecos en M., es marroquí el hijo de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, siempre y cuando los padres estén casados conforme a la legislación marroquí. También son marroquíes los hijos de madre marroquí y de padre desconocido.

La Juez Encargada dictó auto declarando, contra lo informado por el Ministerio Fiscal, con valor de simple presunción la nacionalidad española de la hija de la promotora, al entender aplicable el art. 17.1.c del CC, ya que la falta de matrimonio entre los progenitores genera la apatridia de la menor.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente al citado auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; y la Resolución de 10 de septiembre de 1994.

II.— La pretensión de la recurrente no puede fundarse en el art. 17.1.c del CC puesto que, por aplicación de la legislación marroquí de los padres (cfr. art. 12.6 CC), los hijos de padre marroquí, así como los hijos de madre marroquí y de padre desconocido, tienen la nacionalidad marroquí «de iure».

En el presente caso, dado que el reconocimiento otorgado por el padre no tiene eficacia para el ordenamiento de Marruecos, la situación de la menor equivale a la de una hija de madre marroquí y de padre desconocido, por lo que se le atribuye por filiación la nacionalidad marroquí.

En consecuencia, como la finalidad del precepto citado del Código Civil es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se produce, no es posible declarar que la nacida ostenta la nacionalidad española, pues esto no se ajusta a la realidad, sin que importen a estos efectos las dificultades de hecho que pueda tener la recurrente ante el Consulado de Marruecos en España.

La Dirección General **acuerda** estimar el recurso y revocar el auto apelado.

4.2.— Adquisición de la nacionalidad española al amparo del Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala. Prueba de la nacionalidad guatemalteca por nacimiento en personas que han obtenido la condición de refugiados en España. Capacidad necesaria para adquirir la nacionalidad española en virtud de lo previsto en este Convenio.

Ress. de la DGRN de 27 de octubre de 1995 (1.ª), (2.ª) y (3.ª)

(NOTA: Las tres Resoluciones contienen similares fundamentos jurídicos y acuerdos, puesto que contemplan hechos análogos).

HECHOS:

En los tres casos, los promotores, guatemaltecos residentes en España, solicitaron en diciembre de 1992, ante el Registro Civil de su domicilio, les fuese concedida la nacionalidad española por residencia.

Dos de los promotores solicitaron, además, la concesión de la nacionalidad española para sus respectivos hijos, todos guatemaltecos, nacidos en España, unos mayores y otros menores de edad. En cada uno de estos dos casos, actuó como promotor un solo progenitor: en un supuesto, la madre, quien declaró ser viuda; en el otro, el padre manifestó que su esposa —y madre de sus hijos— se encontraba desaparecida en Guatemala.

Tanto a los tres promotores como a sus hijos les fue reconocida, con fecha 18 de junio de 1990, la condición de refugiados políticos y disponen de los correspondientes documentos de identidad como tales, pero les fue imposible aportar cualquier documentación que hubiere de ser expedida por las autoridades de Guatemala.

El Juez Encargado, tras la audiencia a los promotores y a los hijos mayores de edad, significó que se encuentran adaptados a las costumbres y vida españolas. Posteriormente dictó autos ordenando elevar lo actuado, con informe favorable, a la DGRN, la cual remitió las actuaciones al Registro Civil Central.

El Registro Civil Central dictó autos denegando las pretensiones deducidas al considerar que no ha quedado acreditado el nacimiento de los interesados en Guatemala, lo que impedía aplicar el Convenio de doble nacionalidad hispano-guatemalteco.

Los promotores interpusieron sendos recursos, frente a los respectivos autos denegatorios, ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 12 y 25 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados; el Convenio de doble nacionalidad con Guatemala de 28 de julio de 1961; los artículos 9 y 20 del Código Civil; 23, 46 y 66 de la Ley del Registro Civil; 85, 154, 311, 335, 337 y 340 del Reglamento del Registro Civil; 33 del Reglamento para la aplicación de la Ley de 26 de marzo de 1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley de 16 de mayo de 1991; la Instrucción de 11 de marzo de 1985, y las Resoluciones de 23 de noviembre de 1994, 24 de febrero, 7 de marzo, 19 de abril, 6 de mayo, 2 de junio y 11 de octubre de 1995.

II.— Puesto que los interesados, guatemaltecos por nacimiento, son residentes legales en España dada su condición de refugiados, no hay, en principio, dificultad para que puedan adquirir la nacionalidad española por consecuencia de su declaración de voluntad al amparo del Convenio de doble nacionalidad vigente entre España y Guatemala. Como viene indicando la DGRN, a partir de la Res. de 23 de noviembre de 1994, a los efectos de este Convenio, el domicilio en España se adquiere mediante la obtención del documento que acredite que el interesado es residente legal en España (cfr. arts. 1 y 2 del Convenio).

La dificultad que oponen los autos apelados estriba en que, de acuerdo con el art. 2 del propio Convenio, el término de nacionalidad «por nacimiento ... se acreditará con certificado especial extendido por autoridad competente o por los Agentes diplomáticos o consulares respectivos», siendo así que, en los casos presentes, debido a sus especiales circunstancias, no es posible acudir a las autoridades guatemaltecas ni a la representación diplomática y consular de Guatemala en España.

III.— Esta dificultad, sin embargo, no puede ser suficiente para impedir la adquisición de la nacionalidad española por parte de un guatemalteco por nacimiento residente en España en calidad de refugiado. En efecto, el art. 25 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, a la que España está adherida desde el 22 de julio de 1978

(B.O.E. de 21 de octubre), dispone que, cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no puede recurrir, las propias autoridades españolas, o una autoridad internacional, proporcionarán al refugiado la ayuda necesaria. Más concretamente, el mismo artículo establece que tales autoridades expedirán, o harán que bajo su vigilancia se expidan, a los refugiados los documentos o certificados que normalmente les serían expedidos por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y que los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a aquéllos y harán fe salvo prueba en contrario.

En desarrollo de este compromiso internacional asumido por España, el art. 33.2 del Reglamento vigente en esta materia, aprobado por R.D. 203/1995, de 10 de febrero, indica, con cita del art. 25 de la Convención de Ginebra, que se adoptarán «las medidas necesarias para facilitar a los refugiados aquellos documentos o certificados necesarios para el ejercicio de un derecho, en especial aquellos que puedan facilitar su integración en España y que impliquen intervención de las autoridades extranjeras a las que no puede recurrir».

Consiguientemente, cuando se trata de probar que los interesados son guatemaltecos por nacimiento, han de bastar a tales efectos los documentos de identidad expedidos por la Dirección General de la Policía, pues acreditan que sus titulares son guatemaltecos y que nacieron en dicho país.

IV.— Por estas razones, han de ser inscribibles las adquisiciones de la nacionalidad española por los promotores y, en su caso, de los hijos mayores de edad.

Subsiste, sin embargo, respecto de los hijos menores, el problema de la capacidad necesaria para adquirir la nacionalidad española en virtud de las previsiones del Convenio de doble nacionalidad hispano-guatemalteco.

Ante el silencio del citado Convenio sobre esta cuestión, no hay duda de la necesidad de aplicar las normas españolas para juzgar la capacidad de los menores de edad, puesto que se trata de personas que tienen la condición de refugiados y cuyo estatuto personal se rige por la ley española correspondiente a su domicilio (cfr. art. 12 de la Convención de Ginebra y art. 9-10 CC). Por ello deben aplicarse las reglas previstas en el art. 20 CC, que regulan la adquisición de la nacionalidad española en virtud de la declaración de voluntad de la opción. De este modo, los menores de edad, pero mayores de catorce años, han de estar asistidos por su representante legal; y por los menores de catorce años ha de formular la declaración el representante legal, previa autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio y dictamen del Ministerio Fiscal, a la vista del interés de los menores (cfr. art. 20-2-a y b del CC).

V.— Por último, deben hacerse ciertas precisiones adicionales en cuanto a los promotores con hijos menores de edad.

En primer lugar, si la promotora que en el curso de las actuaciones apareció como de estado civil viuda, necesitare acreditar que es la única representante legal de sus hijos menores, puede obtener, a través de un expediente para la declaración con valor de presunción y su correspondiente anotación (cfr. arts. 337 y 340 RRC), una prueba de la defunción de su esposo. La posibilidad de este expediente, que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. art. 335 RRC), tiene su base en el art. 25 de la Convención de Ginebra, en la Recomendación n.º 1 de la Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada por la Asamblea General de Luxem-

burgo el 8 de septiembre de 1967, y en la Instrucción de 11 de marzo de 1985, que inspiraron la redacción vigente del art. 337 RRC.

En segundo lugar, respecto del promotor cuya esposa no intervino en las actuaciones por hallarse desaparecida en Guatemala, la presente Resolución señala que, en su momento, habrá de ponderarse si para formular la declaración de voluntad de opción en representación de los hijos menores, puede prescindirse, ante las circunstancias del caso, de la en principio necesaria intervención de la madre.

La Dirección General **acuerda:** 1.º) estimar los recursos y revocar los acuerdos apelados; 2.º) ordenar que se inscriban marginalmente las adquisiciones de la nacionalidad española de los promotores y de los hijos mayores de catorce años; 3.º) ordenar que, de no ser posible por falta de título adecuado inscribir los nacimientos, se practiquen las oportunas anotaciones soporte de nacimiento (art. 154-1 RRC) para la inscripción marginal de adquisición de la nacionalidad española; 4.º) dejar a salvo la inscripción de las adquisiciones de nacionalidad de los menores de catorce años, conforme a lo indicado en los dos últimos fundamentos jurídicos.

4.3.— Adquisición de la nacionalidad española mediante opción por razón de patria potestad: la fecha para computar la edad del optante es la correspondiente al momento en que el progenitor declaró su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

Res. de la DGRN de 23 de noviembre de 1995 (2.º)

HECHOS:

Don P.L., español residente en la República Argentina, solicitó ante el Registro Civil Consular de España en C. (República Argentina) la inscripción como español de su hijo Don W.L., argentino y residente en Argentina, donde nació en enero de 1974 de padres argentinos. De acuerdo con la legislación argentina la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 21 años.

Quedó acreditado que Don P.L., nacido en Argentina el 19 de octubre de 1945, hijo de padre español, perdió la nacionalidad española antes del nacimiento de su hijo. En noviembre de 1992 solicitó la recuperación de dicha nacionalidad, lo que dio lugar al oportuno expediente que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 1994. En consecuencia, con fecha 6 de abril de 1995, se inscribió su nacimiento en el Registro Civil Consular español en C., donde consta marginalmente la recuperación de la nacionalidad en virtud de acta extendida ante el Encargado de dicho Registro el día 30 de marzo de 1995.

El Encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción como español de Don W.L., argumentando que éste era ya mayor de edad cuando su padre recuperó, en marzo de 1995, la nacionalidad española, por lo que no le corresponde el derecho reconocido en el art. 2º CC.

El promotor interpuso recurso contra dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 20 y 23 del Código Civil, 15 y 64 de la Ley del Registro Civil; 66, 226 y 229 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 24 de mayo, 3 de agosto y 19 de septiembre de 1993, y 5 de septiembre de 1994.

II.— Con carácter previo conviene señalar que son susceptibles de inscripción en el Registro Civil los hechos inscribibles que afectan a los españoles (cfr. art. 15 LRC), por lo que una vez recuperada la nacionalidad española del promotor, debería haberse practicado la inscripción de nacimiento de su hijo, haciendo constar expresamente la circunstancia de no estar acreditada la nacionalidad española del mismo (cfr. art. 66 RRC).

III.— Entrando ya en el fondo del recurso, debe rechazarse la negativa del Encargado del Registro Civil Consular a admitir la declaración de opción a la nacionalidad española formulada por el hijo del promotor alegando su mayor edad cuando el padre la recuperó.

En efecto, habiendo formulado el promotor su voluntad de recuperar la nacionalidad española en noviembre de 1992, tal declaración debió de admitirse por el Encargado levantando al efecto la oportuna acta, cuya hora y fecha serán las de la inscripción, si ésta llegare a extenderse, una vez cumplidos los requisitos exigidos (cfr. arts. 64 LRC y 226 a 228 RRC). Por tanto, la fecha para computar si el optante era o no mayor de edad en el momento de la recuperación del promotor, no es la de la inscripción marginal de fecha 30 de marzo de 1995, sino la del acta primitiva que en su día debió levantarse y cuya falta no es imputable al promotor, por lo que no debe perjudicarlo.

IV.—De todo lo expuesto se deduce que, habiendo alcanzado el optante la mayoría de edad, de acuerdo con su ley personal argentina, en enero de 1995 y, por consiguiente, en momento posterior a la fecha en que el padre manifestó su voluntad de recuperar la nacionalidad española, puede ejercitar su facultad de optar al haber estado sujeto a la patria potestad de un español y no haber transcurrido el plazo de dos años que marca el art. 20 CC para su ejercicio.

La Dirección General **acuerda:** 1.º) estimar el recurso, revocando el acuerdo impugnado; 2.º) ordenar que se inscriba el nacimiento de Don W.L. y ordenar que se inscriba marginalmente la adquisición de la nacionalidad española por opción.

4.4.— Adquisición de la nacionalidad española «iure soli» al amparo del art. 17-3 CC en su redacción por Ley de 1954. Basta con que uno solo de los progenitores hubiera nacido en España.

Doble nacionalidad desde el nacimiento: para la pérdida de la nacionalidad por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera adquirida antes de la emancipación, es necesario que los requisitos exigidos por el actual art. 24 CC hayan concurrido después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

Res. de la DGRN de 23 de noviembre de 1995 (4.º)

HECHOS:

Con fecha 10 de julio de 1995, los hermanos D.ª T. y Don M. H.M., solicitaron ante el Consulado General de España en T. (Marruecos), donde residen, les fuera reconocida su nacionalidad española.

Según quedó acreditado, ambos hermanos nacieron en España, en 1965 y 1969 respectivamente, de padre nacido en España. Tanto el padre como la madre de los promotores, ambos marroquíes, estaban domiciliados en España al tiempo del nacimiento de éstos.

El Cónsul General de España en T., en funciones de Encargado del Registro Civil Consular, acordó denegar lo solicitado al considerar que los promotores no reunían los requisitos exigidos por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 18/1990, además de no constar que el padre hubiese adquirido la nacionalidad española de origen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 17 del Código Civil en su redacción por Ley 51/1982; 24 del Código Civil en su redacción actual; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338, 340 y 347 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 19 de enero de 1976, 29 de septiembre y 29 de octubre de 1987, 25 de abril de 1988, 17 de enero, 3 de marzo, 27 de julio y 30 de noviembre de 1989, 30 de enero, 28 de abril y 9 de mayo de 1990, 20 de noviembre y 7 de diciembre de 1991, 1 de julio, 2 de septiembre, 14 y 19 de octubre de 1992, 24 y 26 de abril, 4 y 19 de octubre de 1993, 28 de enero, 7 y 18 de marzo, 31 de mayo, 14 de julio, 13 de septiembre y 30 de noviembre de 1994, y 26 de septiembre de 1995.

II.— Tras acordar de oficio la acumulación de los dos recursos (cfr. art. 347 RRC), la presente Resolución indica que, pese a haberse encauzado las peticiones como si se tratara de opciones a la nacionalidad española, resulta clara la voluntad de los promotores de que se les reconozca esta nacionalidad.

Por consiguiente, la primera cuestión a examinar es la de si aquéllos nacieron ya españoles. Si la respuesta a dicha cuestión fuera afirmativa, y si no se hubiese producido la pérdida posterior, la nacionalidad española podría ser declarada con valor de simple presunción en un expediente registral (art. 96-2 LRC), para el que es competente en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (art. 335 RRC).

III.— A estos efectos, debemos tener presente que los promotores nacieron en España de progenitores extranjeros, el padre también nacido en España, y domiciliados ambos en este país al tiempo del nacimiento de sus dos hijos.

Según el art. 17-3 CC, en su redacción por Ley de 1954 (vigente cuando los promotores nacieron), eran españoles «los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieren nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento».

La aplicación de este precepto al caso presente sólo plantearía la dificultad de no haberse acreditado el nacimiento de la madre en España. Ahora bien, esta dificultad no es insalvable. Según doctrina reiterada de la DGRN sobre la interpretación del art. 17-3 CC, en su redacción de 1954, basta con que uno solo de los progenitores hubiera nacido en España y en ella estuviera domiciliado al tiempo del nacimiento. Los fundamentos de esta doctrina son: 1) el empleo del plural, «padres», no era una razón decisiva para entender que era preciso que ambos progenitores hubieran nacido y estuvieran domiciliados en España, ya que esa utilización, que concordaba con el plural «nacidos», podría obedecer también a la necesidad de emplear un término genérico que abarcaba los supuestos en los que sólo existía un progenitor legalmente conocido; 2) era intrascendente la comparación con el singular «padre» y «madre» que utilizaban los números 1.º y 2.º del propio artículo, porque en estos números era patente la intención del legislador de circunscribir uno y otro supuesto a solo uno de los progenitores

y 3) no siendo la letra del precepto un valladar infranqueable para excluir otra posible interpretación, debía preferirse la que mejor respondía a la «ratio» del precepto, el cual obedecía al propósito, expuesto claramente en el Preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1954, de evitar que «se perpetúen indebidamente las estirpes de extranjeros en territorio nacional».

IV.— Por otra parte, la circunstancia de tener los promotores, además de la española, otra nacionalidad desde su nacimiento, no ha supuesto pérdida de la nacionalidad española. En efecto, cuando llegaron a la mayoría de edad (en 1983 y 1987), estaba en vigor el art. 23 CC, redactado por la Ley 51/1982, en el cual esa circunstancia sólo provocaba la pérdida de la nacionalidad española cuando el español capaz renunciaba expresamente a ella, lo que no consta haya aquí acaecido.

Hoy, una vez en vigor el art. 24 CC, redactado por la Ley 18/1990, esa situación sólo es causa de pérdida de la nacionalidad española cuando el español capaz y residente habitual en el extranjero utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera, residiendo en el extranjero, durante los tres años siguientes a la emancipación, pero todos estos requisitos (emancipación, residencia habitual, utilización voluntaria de otra nacionalidad y transcurso de los tres años), para no dar tácita eficacia retroactiva a una norma sancionadora, han de concurrir luego de la entrada en vigor de la Ley de 1990 (cfr. Ress. 14 julio 1994 y 26 septiembre 1995), por lo que la conducta anterior a dicha fecha de los interesados no puede llevar consigo la grave consecuencia de perder la nacionalidad española (vid. infra la Resolución de 26 —2.ª— de septiembre de 1995).

En el presente caso, los promotores no han perdido la nacionalidad española, pues los plazos de tres años desde la emancipación se cumplieron, respectivamente, el 14 de abril de 1986 y el 8 de junio de 1990, con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

La Dirección General acuerda estimar los recursos y declarar con valor de simple presunción que los promotores son españoles.

4.5.— La pérdida de la nacionalidad española requiere la previa adquisición de otra nacionalidad. Adquisición simultánea a la pérdida: supuestos en que existan bases evidentes para entender que no se producirá la apatridia. El derecho de la persona a cambiar de nacionalidad.

Res. de la DGRN de 16 de septiembre de 1995

HECHOS:

Con fecha 18 de octubre de 1994, Don P.L.G., mayor de edad y residente en el Principado de Andorra, presentó escrito ante el Consulado General de España en la ciudad donde está domiciliado por el que instaba «expediente para la pérdida de la nacionalidad española», solicitando se acordase tal pérdida y la inscripción registral de la misma.

Quedó acreditado que, habiendo solicitado el promotor la adquisición de la nacionalidad andorrana, las autoridades del Principado dictaron resolución favorable, el 1 de junio de 1994, en la que consta que el interesado adquirirá dicha nacionalidad

si en el término de un año prueba haber perdido la nacionalidad que hasta entonces hubiera ostentado. También consta que, según nota verbal del Ministerio de Relaciones Exteriores del Govern d'Andorra, una vez aprobada la renuncia a la nacionalidad del promotor, éste adquirirá automáticamente la andorrana.

El promotor aportó acta de renuncia a la nacionalidad española autorizada por un Notario andorrano; certificado de residencia en Andorra y fotocopia de su pasaporte andorrano.

Las actuaciones fueron remitidas al Juez Encargado del Registro Civil de T., quien dictó auto declarando no haber lugar la inscripción de pérdida de la nacionalidad española al considerar que no se había acreditado que el promotor hubiera adquirido plenamente la nacionalidad andorrana, adquisición que, en todo caso, era condicional.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 15-1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11 de la Constitución española; 24 del Código Civil; 46, 64 y 67 de la Ley del Registro Civil, 232 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 5 de febrero de 1985.

II.— No es admisible la pérdida por renuncia de la nacionalidad española sin acreditar debidamente la adquisición previa de otra nacionalidad pues, como señaló la Resolución de 5 de febrero de 1985, en el vigente Ordenamiento español la expatriación para devenir apátrida no es un derecho de la persona reconocido por la Constitución (cfr. art. 11), ni por la Ley que ha desarrollado ésta.

III.— Sin embargo, la resolución del caso que el presente recurso plantea debe orientarse hacia el reconocimiento de la pérdida de la nacionalidad española por el promotor. En efecto, tal y como resulta de la documentación aportada, el Gobierno andorrano exige la prueba de haber perdido la nacionalidad anterior para adquirir la nacionalidad de su país. Esta exigencia conduce a un círculo vicioso, de difícil solución, si nos atenemos al tenor literal del art. 24 CC, que exige la adquisición voluntaria de otra nacionalidad para la pérdida por renuncia de la española.

Por todo ello, debe interpretarse dicho artículo en el sentido de que, para no hacer imposible la adquisición de la nacionalidad andorrana por un español, ha de bastar que existan bases evidentes que den a entender que tal adquisición va a tener lugar y que la situación de apatridia no va a producirse.

IV.— Sin entrar a discutir si el Decreto del Gobierno de Andorra atribuye al interesado la nacionalidad condicionada o si, por el contrario, se condiciona su adquisición al requisito de la pérdida, es evidente que puede considerarse que quien es, en las condiciones del caso, titular de pasaporte andorrano, ostenta dicha nacionalidad, habida cuenta de las grandes restricciones a que está sometida la concesión de la nacionalidad y pasaporte andorranos.

Existe, pues, el presupuesto objetivo necesario para creer que, aprobada la renuncia a la nacionalidad española, el recurrente adquirirá automáticamente la andorrana, actuando la inscripción de la pérdida en el Registro Civil a modo de «conditio iuris», sin que la frase «a satisfació del Govern» pueda reflejar discrecionalidad, al estar el

Gobierno de Andorra previamente vinculado en virtud del Decreto por el que se resolvía favorablemente la solicitud cursada por el interesado para la obtención de la nacionalidad andorrana. Así lo viene a confirmar la nota verbal del Ministerio de Relaciones Exteriores del Principado de Andorra de fecha de 28 de julio de 1995.

V.— Por último, hay que señalar que esta solución está en armonía con los principios de que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, a cambiar de nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de la misma, que aparecen recogidos en el art. 15-1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ratificada por el Estado español, estando por lo tanto vinculado a lo que resulte de sus términos (cfr. art. 1-4 CC).

La Dirección General **acuerda** ordenar que, al margen de la inscripción de nacimiento del promotor, se haga constar su pérdida de la nacionalidad española por renuncia expresa y adquisición de la andorrana.

4.6.— Pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación: es preciso que los requisitos exigidos por el art. 24 CC hayan concurrido después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

Res. de la DGRN de 26 de septiembre de 1995 (2.ª)

HECHOS:

Don M.M.W., con residencia habitual en Alemania, nació en dicho país en 1963; es español de origen por filiación paterna, y su nacimiento fue inscrito en 1966 en el Registro Consular; en 1975 adquirió también la nacionalidad alemana de su madre; estuvo en posesión de pasaporte español hasta 1984 y, desde esta fecha, no consta acto alguno de utilización de la nacionalidad española.

El día 21 de abril de 1995, Don M.M.W. solicitó ante el Consulado General de España en H. (Alemania) le fuese expedido el correspondiente pasaporte español.

El Juez Encargado del Registro Civil Consular, considerando que el promotor ostenta la nacionalidad alemana desde su menor edad y que hasta el mes de enero de 1994, fecha en que concluyó el plazo de tres años señalado en el art. 24 CC, no había hecho uso de la nacionalidad española, comunicó al interesado que había perdido esta nacionalidad y que, por tanto, no era procedente la expedición del pasaporte español solicitado. Asimismo dictó auto declarando, en contra de lo informado por el Ministerio Fiscal, la pérdida de la nacionalidad española y ordenando la anotación marginal de la misma en la inscripción de nacimiento de Don M.M.W.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9 y 11 de la Constitución; 22 del Código Civil en su redacción por la Ley 14/1995, de 2 de mayo; 23 del Código Civil en su redacción por la Ley 51/1982; 3 y 24 del Código Civil en su redacción actual; 46 y 67 de la Ley del Re-

gistro Civil; 232 y 342 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 20 de marzo de 1991, y las Resoluciones de 7 de mayo y 14 de julio de 1994.

II.— La presente Resolución examina la posible pérdida de la nacionalidad española por el promotor a la luz de las distintas normas que, sucesivamente, han venido regulando esta materia en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, cabe plantear si el interesado, cuando llegó a la mayoría de edad en 1981, perdió la nacionalidad española por asentimiento voluntario a la nacionalidad alemana que adquirió siendo menor de edad. La respuesta ha de ser negativa, ya que no puede serle de aplicación la causa de pérdida prevista por el art. 22 CC, en su redacción entonces vigente, puesto que mal se compagina el asentimiento voluntario a la nacionalidad alemana con la posesión y uso de pasaporte español.

Posteriormente, una vez en vigor la Ley 51/1982, el hecho de que el interesado tuviera atribuida desde su minoría la nacionalidad alemana, además de la española, no supuso tampoco entonces pérdida de ésta, porque para tal resultado era preciso (cfr. art. 23-2 CC, redacción de 1982) que sobreviniera una renuncia expresa del interesado, una vez emancipado, a la nacionalidad española y no consta dicha renuncia.

III.— Queda, pues, por dilucidar —y éste es el punto esencial del recurso— si el interesado ha podido incurrir hoy en causa de pérdida de la nacionalidad española por aplicación de los dos primeros párrafos del art. 24 CC, redactado por la Ley 18/1990. La exégesis de estas normas no es en modo alguno sencilla. En todo caso, ha de tenerse presente, como guía para el intérprete, que la materia no puede ser objeto de interpretación extensiva, porque no pueden crearse otras formas de pérdida al margen de la Ley (art. 11-1 CE) y porque un español de origen, sin contar con su voluntad, no puede ser privado de su nacionalidad (art. 11-2 CE), lo que no impide, sin embargo, que dentro del ámbito previsto por el legislador haya de llegarse a soluciones armónicas y lógicas fundadas en la «ratio» del precepto.

IV.— En el caso objeto de este recurso, el promotor tiene, además de la española, la nacionalidad alemana desde antes de la emancipación. En tales supuestos, la letra del art. 24 CC impone, para que se produzca la pérdida de la nacionalidad española, que la utilización exclusiva de la otra nacionalidad tenga lugar durante los tres años siguientes a la emancipación, de modo que no importa que tal utilización se produzca en fechas posteriores porque la emancipación es el «dies a quo» a partir del cual ha de cumplirse el referido plazo.

Y, según la doctrina mantenida por la Resolución de 14 de junio de 1994 (precisando las conclusiones a que llegó la Resolución de 7 de mayo de 1994), todos los requisitos del art. 24 CC, es decir, residencia habitual en el extranjero, emancipación, utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera y transcurso de los tres años, han de cumplirse bajo la vigencia de la Ley de 17 de diciembre de 1990, pues de otro modo se daría tácitamente eficacia retroactiva a una norma sancionadora contra lo dispuesto por el art. 9-3 de la Constitución.

Por esto, en el caso presente, en el que la emancipación tuvo lugar en 1981 y el plazo de tres años transcurrió entre 1984 y 1987, la conducta de utilización exclusiva de la nacionalidad alemana no tenía sanción en la Ley antigua y la conducta posterior queda fuera de las previsiones de la nueva Ley en cuanto a las graves consecuencias de estimar producida por ella la pérdida de la nacionalidad española de origen.

La Dirección General acuerda estimar el recurso y revocar el auto apelado.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Ana María COLÁS ESCANDÓN
M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO
Gabriel GARCÍA CANTERO
Antonio JIMÉNEZ CLAR
Virginia MÚRTULA LAFUENTE

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. Títulos nobiliarios. Usucapión y prescripción extintiva: plazos.— Es doctrina ya consolidada y uniforme que la prescripción adquisitiva o usucapión de un título nobiliario se produce por la posesión ininterrumpida del mismo durante cuarenta años (SS de 7 de marzo de 1985, 27 de marzo de 1985, 14 de junio de 1986, 7 de julio de 1986, 14 de julio de 1986, 5 de enero de 1987, 23 de enero de 1987, 5 de junio de 1987, 27 de julio de 1987, 21 de junio de 1989, 8 de octubre de 1990 y 6 de marzo de 1991, entre otras), por lo que resultaría contrario a la más elemental lógica jurídica el establecer que la acción para hacer valer el mejor derecho a una dignidad nobiliaria se extingue (prescripción extintiva) por el transcurso de sólo quince años, ya que esto conduciría al absurdo jurídico de que el mero detentador de un título, sin haber consolidado su derecho por la usucapión de cuarenta años, se vería protegido frente al que ostentaría un mejor derecho genealógico a dicho título, al que se negaría el ejercicio de referido mejor derecho por no haber usado del mismo dentro del plazo de quince años, con lo que se produciría una situación de mera interinidad, que podría incluso ser de veinticinco años, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello comporta.

Por tanto, para evitar ese absurdo jurídico, se debe establecer una equiparación cronológica entre los plazos de las prescripciones adquisitiva y extintiva del mejor derecho a las dignidades nobiliarias, que debe ser el de cuarenta años, como en ese sentido ya viene apuntado por la S de 6 de marzo de 1991, cuando afirma que la usucapión «lleva ínsita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición de otro; son, pues, una y otra prescripción así contempladas, vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos de un mismo fenómeno jurídico...», criterio éste que ha sido ratificado posteriormente por la S de 21 de febrero de 1992.

Sucesión de título nobiliario. Criterios o principios sucesorios.— Es doctrina uniforme, reiterada y consolidada de esta Sala, que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente), ha de regirse exclusivamente por el principio de «propinquidad» y no por el de la representación. Así, ya la S. de 8 de marzo de 1919 reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral siempre que estén en la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendentes. El mismo criterio sustenta la S. de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propinquo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.^a del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra». La de 17 de octubre de 1984, después de citar como contenedoras de esa misma doctrina las de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965, 29 de noviembre de 1967 y 14 de octubre de 1984, declara expresamente que «con arreglo al principio de propinquidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido descendencia», ratificando en otro lugar esa misma sentencia que constituye doctrina legal la de que «inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propinquo pariente del último poseedor».

Novación de títulos nobiliarios. Distribución por el titular.— Es reiterada doctrina de esta Sala que la distribución de títulos *inter vivos* o *mortis causa*, hecha por el titular de varios y aprobada expresamente por el Jefe del Estado, produce una novación o alteración en las distintas líneas sucesorias, con creación en cada una de ellas de una nueva cabeza de línea, representada por los designados (SS de 26 de marzo de 1968, 24 de mayo de 1977, 30 de junio de 1978, 25 de febrero de 1983, 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 8 de mayo de 1989, entre otras). (STS de 16 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Cuando el título de Marqués de Soto de Aller llevaba vacante casi cien años, concretamente desde el 9 de septiembre de 1857, fecha del fallecimiento de Don J.P.D. (segundo y último Marqués de

Soto de Aller), en el año 1952 el anterior Jefe del Estado concedió la rehabilitación del expresado título en favor de Don J.A. G.A. Dicha rehabilitación se produjo cuando el aquí demandante Don J.M.Q.A. contaba ya cuarenta y cuatro años de edad, sin que mantuviera la oposición que inició en el expediente administrativo de rehabilitación y sin que, por otra parte, ni durante la vida del rehabilitante Sr. G.A., ni de la de su hijo y sucesor en dicho título, Don C.G.A., a virtud de la distribución que aquél hizo, el referido Sr. Q.A. formulara ninguna reclamación judicial del mejor derecho que ahora dice tener frente al actual poseedor, Don G.M. G.H., nieto y sucesor del rehabilitante distribuidor.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda presentada por Don J.M. Q.A. contra Don G.M. G.H., declarando el mejor y preferente derecho genealógico del actor para llevar, usar y poseer con sus prerrogativas, peeminencias y honores el cuestionado título, con previa y expresa nulidad e ineficacia jurídica de la rehabilitación de la expresada merced obtenida por los antecesores del demandado, así como de cualquier documento público de cesión o transmisión que se hubiera producido con posterioridad a aquélla. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó, desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, con anulación total de la recurrida sentencia. (R.D.R.)

2. Anotación de embargo que afecta a bienes comunes de la sociedad conyugal. Art. 144 del RH.— Cuando se trate de bienes comunes de la sociedad conyugal, deberá constar que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, habiendo aclarado la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina que este precepto faculta al demandante a dirigir la acción sólo contra el esposo deudor, siempre que se notifique a la esposa la existencia del proceso y la práctica del embargo, cubriéndose con ello las exigencias requeridas para la anotación registral.

Abuso del derecho. Doctrina jurisprudencial.— Ya la histórica sentencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 1944 fijaba los elementos esenciales que integraban la figura del abuso del derecho: A) El uso de un derecho, objetiva o externamente legal; B) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; C) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). A partir de esta primera y completa descripción, la jurisprudencia ha seguido profundizando en el aspecto subjetivo, señalando que en todo caso es el móvil y es el fin el que hay que considerar, siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así cómo de su mentalidad; es necesario establecer también por qué ha actuado, y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso del derecho adopta en sí un sentido, si no intencional, al menor subjetivo (SS de 22 de septiembre de 1959, 31 de enero de 1969, 5 de junio de 1972, 9 de febrero, 5 de mayo y 4 de julio de 1973, etc.). La doctrina ha terminado concluyendo, que

la figura del abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizando y por un precepto legal, siendo en todo caso de aplicación restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica de carácter excepcional. (STS de 2 diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Los actores formularon demanda suplicando que se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de todo lo actuado en el juicio ejecutivo a partir del momento procesal del requerimiento de pago por haberse producido indefensión de la parte demandada, por no haberse ajustado el embargo practicado al orden prevenido para los embargos, por no haber sido citada a remate la esposa. Consecuentemente ha de declararse nula la subasta pública y adjudicación de los bienes de autos, extendiendo además mala fe y abuso del derecho del Banco en el juicio ejecutivo de cuya nulidad se trata, debiendo por ello indemnizar a los actores.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por los actores.

NOTA.— El Tribunal Supremo subraya la muy dudosa admisibilidad del recuso, por no alcanzar la cuantía límite que se fija en el apartado 1.º del art. 1687 LEC, en su redacción anterior a la Ley 10/1992. El préstamo que dio lugar al juicio ejecutivo, cuya nulidad se postula, era de 200.000 pesetas, el valor tasado para la subasta de la finca embargada fue de 2.000.000 pesetas y la indemnización de daños y perjuicios que se pide en el suplico de la demanda, además de la nulidad, ni se ha concretado la existencia de los mismos, ni mucho menos su cuantía. No obstante, la existencia de esta causa de inadmisibilidad, que hoy sería desestimación, y en aras de una más completa tutela efectiva del derecho de la parte recurrente, el Tribunal Supremo (Pte.: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos), con loable criterio, estima conveniente analizar los motivos del recurso. (A.C.S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad y el honor.— Es doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que dada su función institucional, cuando se produzca una colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad y al honor que aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía, desnaturalizado, ni incorrectamente relativizado, debiendo prevalecer tal derecho siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general, si bien el requisito de la veracidad debe interpretarse en el sentido de que la informa-

ción rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, siempre que se refiera a hechos verdaderos, teniendo en cuenta que con aquéllos suelen aparecer elementos informativos inexactos que habrán de utilizarse en cada caso concreto, atendiendo al criterio jurisprudencial según el cual la libertad de información contribuye a la configuración de una opinión pública libre, siempre que no se provoque el deshonor de las personas con ataques innecesarios; en definitiva, información veraz significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad excluyendo invenciones, rumores y meras insidias (SSTC de 12 de noviembre de 1990 y TS de 25 de marzo de 1991, 5 de marzo y 15 de junio de 1993 y 29 de abril de 1994).

Falta de veracidad en la información.— Aunque la publicación de noticias no ha de consistir en relaciones escuetas o rigurosamente asépticas en función de los hechos o acaecimientos noticiables, como dicen las sentencias del Tribunal Constitucional 171/90 y 172/90, no es admisible que a través de juicios de valor puramente subjetivos se altere la verdad de los hechos, como sucede en el presente caso con los términos utilizados para rubricar la noticia, de forma que se produzca una agresión al honor del sujeto a quien tales hechos se refieren. (STS de 20 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El actor formuló demanda incidental de protección de los derechos fundamentales por intromisión ilegítima en el honor a consecuencia de la información publicada en un determinado periódico. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia confirmó parcialmente la sentencia apelada, condenando a los demandados a que pongan fin a la intromisión ilegítima y a indemnizar al actor en la cantidad de un millón de pesetas. No prospera el recurso de casación interpuesto por el redactor y la empresa periodística. (A. C.S.)

4. Derecho fundamental a la propia imagen.— La aplicación del art. 7-6.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sólo procede cuando el fin de la utilización de la imagen ajena es predominantemente casi exclusivo y decididamente único el crematístico, comercial, publicitario y análogos, lo que no sucede en el hecho cuestionado, ya que actúa como prioritario y relevante, y así lo declara el Tribunal de apelación, el fin cultural que no es otro que el de mantener vivo y propiciar el resurgimiento de un género musical tan esencialmente español como es la zarzuela. La publicidad y comercialización denunciada no fue el objetivo de las publicaciones, sino que actuaron como medios para la mejor proyección del interés cultural acreditado. Buena prueba de ello son los reducidos ingresos obtenidos por la venta de posters y libretos, incluso su bajo precio, con lo que el propósito principal y decisivo de obtener sólo beneficios económicos, se desvanece y pasa a segundo plano, todo ello con independencia de los producidos por la expedición de localidades, pues

no se reprodujo en escena ni se utilizó para nada la imagen de doña S.P.C., ya que ninguna prueba se aportó en este sentido, lo que hace derivar a cuestión distinta y ajena al pleito, los posibles derechos de participación económica que pueda ostentar la recurrente en cuanto a dichas ventas, las que por su naturaleza patrimonial son susceptibles de transmisión a los herederos de la persona que los generó.

Amparo constitucional.— La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 se limita a declarar que el amparo constitucional sólo procede respecto a las personas vivas cuando se invocan derechos fundamentales, por ser inherentes y protegen a las mismas y no cuando se trata de personas fallecidas, en cuyo caso el derecho fundamental se extinguió con el óbito. Por ello la protección del derecho a la propia imagen de quien ha muerto no cabe en dicha vía de amparo, lo que no empece para poder ser protegidos en la vía judicial, por ser cuestión de legalidad ordinaria, con lo que no se excluyen los derechos que puedan asistir a los descendientes y que la Ley 1/1982 regula, otorgándoles al efecto la legitimación necesaria y titularidad de las correspondientes acciones. (**STS de 21 de diciembre de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.— El Sábado de Gloria del año 1934 tuvo lugar el estreno de la zarzuela «La Chulapona» en el Teatro Calderón de Madrid. Para ello se confeccionaron carteles publicitarios, en los que aparecía vestida con el traje típico de chulapa madrileña la insigne actriz doña S.P.C., madre de la recurrente, y que falleció el 23 de mayo de 1984. En el mes de mayo de 1988 aparecieron anuncios en diversos medios periodísticos y posters callejeros reproduciendo la misma imagen del cartel original de 1934, a fin de proclamar la reposición de la obra, lo que tuvo lugar en 1988 en el Teatro de la Zarzuela. La demandante solicitó que se declarase que ha existido utilización ilegítima de la imagen de su madre, con fines publicitarios y comerciales, solicitando indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación interpuesto por la actora. (A.C.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Liquidación de daños en ejecución de sentencia.— El art. 360 LEC contiene la declaración de que cuando se produce condena de daños, se establecerán bases, con arreglo a las cuales deba de hacerse la liquidación. Dicho precepto faculta delegar el trámite ejecutorio final, cuando en el proceso no puede precisarse la cuantificación de los daños (SS de 22 de febrero de 1991, que cita las de 3 de junio de 1961, 14 de mayo de 1963 y 22 de mayo de 1984); lo que resulta de adecuación legal y sin perjuicio de que la sentencia

debe establecer la certeza y realidad de dichos daños por ser presupuesto necesario para el consiguiente abono, y que efectivamente concurre en el presente caso, en el que viene fijado un límite máximo indemnizatorio correspondiente a las sumas aseguradas en las correspondientes pólizas y que la resolución recurrida, con acierto, se encarga bien de recoger en su fallo decisorio. El referido art. 360 de la Ley Procesal Civil ha de ponerse en relación al 928 de la misma que lo complementa, al prever el trámite para la determinación de los daños y perjuicios cuando en la sentencia los declare y reconozca, sin precisar las bases para su liquidación (SS de 15 de abril de 1992 y 9 de noviembre de 1993).

Doctrina de los actos propios.— La doctrina de esta Sala viene declarando reiteradamente para que los actos propios puedan ser tenidos en cuenta, que los mismos representen de modo concluyente, trascendental y bien precisados, la creación, modificación o extinción de algún derecho, causando estado y definiendo jurídicamente la situación del que los crea, pues de este modo se queda sometido a sus consecuencias y efectos (SS de 5 de marzo, 14 de mayo y 27 de noviembre de 1991, 12 de abril y 9 de octubre de 1993).

Configuración de las deudas indemnizatorias como deudas de valor.— La Sala sentenciadora aplicó la solución valorista —siempre más justa que la nominalista—, manteniendo así el principio de equivalencia de las prestaciones, en cierto sentido compensados del largo tiempo transcurrido desde que ocurrió el siniestro, sin abono de indemnización alguna. Si bien sin decidida claridad nuestro Código civil parece seguir el sistema nominalista, a tenor del contenido de los arts. 1170 en relación al 1754 y 1753 y en cierto sentido el precepto 312 CCO respecto a los préstamos en dinero, por lo que se ha venido tradicionalmente considerando las deudas pecuniarias como obligaciones de suma; no obstante, la jurisprudencia más reciente se encamina a superar tal concepción, para aventurarse a reputar las deudas indemnizatorias como deudas de valor, y así el Código civil aporta cierto apoyo en sus arts. 1106, 1045 y 1079. La jurisprudencia de esta Sala no ha rehusado aplicar la concepción de deuda de valor, unas veces al momento de la decisión del litigio con sentencia condenatoria de reparación, como al tiempo en que se liquide su importe en vía ejecutoria ordinaria (SS de 31 de mayo de 1985, que refiere las de 20 de mayo de 1977, 29 de junio de 1978, 26 de octubre de 1987, 16 de junio de 1990 y 4 de febrero de 1992). (STS de 17 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don J.F.L. interpuso demanda en súplica a su favor de las indemnizaciones correspondientes a los daños ocasionados por el siniestro acaecido el 9 de junio de 1984, por razón del incendio de parte del edificio de su propiedad, destinado a fábrica de medias y calcetines, sito en la localidad de Enguera, así como de la maquinaria, instalaciones y existencias, con amparo en las pólizas suscritas en fecha 17 de mayo de 1984 con una compañía de seguros. Un Banco se integró en el litigio,

en concepto de tercero interviniente, para suplicar al Juzgado que dicte sentencia condenando a la compañía de seguros al pago de determinadas cantidades.

El Juez de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación activa y de falta de litisconsorcio activo necesario. La Audiencia Provincial acogió en parte el recurso de apelación interpuesto por Don J.F.L. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

6. Doctrina jurisprudencial en materia de préstamos usurarios.—

El art. 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 confiere a los Tribunales amplias facultades discrecionales, dejando en manos del juzgador la libre apreciación de la calificación del préstamo usurario «*en vista de las alegaciones de las partes*». La construcción técnico-jurídica del texto del art. 2, que habla de los «Tribunales» sin mayor concreción, posibilita que la amplitud de las citadas facultades discrecionales puedan también extenderse al Tribunal Supremo. Sin embargo, esta libertad de criterio choca con el formalismo propio del recurso de casación, que actúa como corrector de las infracciones legales o de la doctrina legal. De ahí que nuestro Alto Tribunal haya seguido un criterio restrictivo a la hora de admitir la impugnación de la sentencia recurrida, afirmando a través de una reiterada jurisprudencia de la que esta sentencia es una más, que «para no convertir la casación en una tercera instancia, debe aceptar esta Sala los supuestos y apreciaciones de hecho, fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción del Juzgador, en tanto ésta y aquéllos no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales, con arreglo a las cuales se utilizó la libertad de criterio, que preceptúa el art. 2.º de la Ley Especial». Lo que no sucedió en el presente caso.

Aceptadas las resultancias probatorias practicadas en la instancia, el Tribunal Supremo examinó cada uno de los tres supuestos de préstamos usurarios que, según la jurisprudencia mayoritaria, incluye el art. 1 de la Ley de Usura. Y en función de ello, llegó a la conclusión de que «La aplicabilidad de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 presupone necesaria e inexcusablemente la existencia de un préstamo de dinero en forma directa o encubierta (art. 1.º de la citada Ley), circunstancia o requisito esencial que no se da en la escritura pública de 25 de marzo de 1983, a través de la cual no se instrumentó ningún préstamo de dinero, sino estrictamente una liquidación transaccional de lo adeudado por razón de unos muy numerosos y dilatados en el tiempo (unos trece años) préstamos anteriores, por lo que si éstos no pueden calificarse como usurarios, pues los intereses pactados por los mismos oscilan en una banda que va del 6% al 19% (en ningún caso integrantes de usura), difícilmente puede atribuirse dicha calificación a una escritura pública que, como antes se ha dicho, se limita mediante una transacción, a liquidar lo adeudado por razón de esos muy numerosos préstamos no usurarios».

Anatocismo: interpretación del art. 317 CCO.— El pacto de anatocismo está permitido tanto en los contratos civiles como en los mercantiles. Como interpreta el Tribunal Supremo en este caso «1.º El principio de autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 CC permite que las partes puedan celebrar el referido convenio, siempre que el mismo, además de no ser contrario a la moral, ni al orden público, no esté prohibido por la Ley, como no está según veremos seguidamente. 2.º El art. 1109 CC, además de admitir en el inciso inicial de su párrafo primero el anatocismo legal, admite también el convencional, en el inciso siguiente de ese mismo párrafo primero, al decir “*aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto*”, con lo que a *sensu contrario*, viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses. El citado precepto es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos mercantiles (art. 2 CCO), siempre que en este Código no exista algún precepto específico que establezca lo contrario, cuyo precepto no sólo no existe, sino que el existente al respecto viene a confirmar aquél, como seguidamente decimos. 3.º El art. 317 CCO que, en el inciso primero de su párrafo único, niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción *ope legis*, cuando dice que “*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*”, admite expresamente, en cambio, el convencional, al decir en el inciso segundo de su referido párrafo único que “*los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos*”. 4.º El referido anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello, como los recurrentes apuntan en el desarrollo del motivo, toda vez que la liquidez de los intereses vencidos y no satisfechos se produce automáticamente por la simple aplicación del tipo de interés pactado al capital prestado y al tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichos intereses. 5.º Esta Sala tiene expresamente reconocida la validez del anatocismo convencional (SS de 6 de febrero de 1906, 21 de octubre de 1911 y 25 de mayo de 1945), cuya doctrina jurisprudencial, aunque referida al art. 1109 CC, es también aplicable al 317 CCO, por cuanto este precepto no sólo no contradice a aquél, sino que lo confirma en lo que al anatocismo convencional se refiere, como anteriormente hemos dicho. 6.º *Es uso mercantil consolidado* el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado». En el presente supuesto litigioso, se declara probado que los intereses pactados, como ya se ha dicho, oscilaban entre el 6% y el 19%, y por tanto no pueden merced la calificación de usurarios. (STS de 8 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Durante los años comprendidos entre 1970 y 1983 las mercantiles «Compañía Internacional de B.R., S.A.», «E.A. El Carrascal, S.A.» y «Promociones N., S.A.» integrantes junto con «A. El Carrascal, S.A.» del Grupo de Empresas conocido por «Los Ángeles de San Rafael», cuyo representante legal es el por todos conocido Don Je-

sús Gil y Gil, vinieron recibiendo sucesiva y prolongadamente de la Caja General de Ahorros de Segovia importantes cantidades de dinero por medio de numerosos préstamos hipotecarios, préstamos con garantía personal y letras de cambio (por un importe superior a las 1.800.000.000 pts.). Cantidades que estaban dirigidas a la explotación de un negocio inmobiliario, concretamente a la Urbanización «Los Ángeles de San Rafael». El día 25 de marzo de 1983, Don Jesús Gil y Gil, en su condición de representante legal del citado grupo de empresas, y el Presidente de la Caja de Ahorros de Segovia suscribieron ante notario escritura pública de «Adjudicación o dación en pago de deudas» por la cual la primera daba a la Caja de Ahorros el pleno dominio de todas las fincas, accesorios y mobiliario detalladas en el apartado III de la escritura, como pago total de la deuda reconocida y que ascendía a la cifra de 1.598.939.430'47 pts., si bien en ningún apartado o subapartado de la escritura se atribuyó o concretó el valor de cada uno de los bienes que en los mismos se relacionan y describen. A su vez en otra de las estipulaciones se concedía a las entidades mercantiles cedentes el derecho de opción de compra, durante seis meses, de las fincas que fueron dadas por un valor exactamente igual al montante del crédito (1.598.939.430'47 pts.) y que, además, era transferible a cualquier otra persona o entidad.

Interpuesta demanda por el grupo de empresas «Los Ángeles de San Rafael» contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, al amparo de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, así como también de responsabilidad por incumplimiento de contrato, solicitaron la nulidad, por usurarias, de todas las relaciones financieras existentes entre las partes, durante los años 1970 a 1983 y de la escritura de dación en pago otorgada el 25 de marzo de 1983 por la Caja demandada y las cuatro mercantiles actoras (con todas sus consecuencias legales); y la condena de la entidad financiera demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento doloso de las obligaciones contractuales. La Caja de Ahorros, además de oponerse a la demanda y pedir su desestimación, formuló reconvencción postulando que el juzgador declare que ella es propietaria plena de los bienes transmitidos en la escritura de dación en pago; que las mercantiles poseen indebidamente estos bienes y derechos; y que, en consecuencia, se les condene a su entrega, así como a los frutos industriales producidos y percibidos por las reconvenidas e indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda inicial interpuesta por el grupo de empresas citado como la demanda reconvenccional incoada por la Caja de Ahorros de Segovia. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia apelada, absteniéndose de entrar a conocer la reconvencción formulada por la referida entidad financiera, toda vez que la expresada reconvencción había sido desestimada por la sentencia de primera instancia y dicho pronunciamiento desestimatorio había quedado firme, al no haber sido apelado por la Caja de Ahorros reconveniente, la cual tampoco se había adherido a la

apelación que interpuso la otra parte. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandantes-apelantes.

NOTA.— La Ley de Usura de 23 de julio de 1908, conocida también como Ley Azcárate, rara vez se ha aplicado para declarar la nulidad por usuario de un préstamo bancario. Tan sólo la sentencia de 26 de marzo de 1993 lo hizo y porque el TS rechazó, debido a motivos formales, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP en el que se declaraba la nulidad de un complejo negocial articulado mediante la concesión de crédito, un préstamo y la constitución de un depósito en garantía real. Una de las posibles razones que pueden justificar esta actitud de nuestro Alto Tribunal es precisamente el concepto estricto de interés que maneja en la mayoría de las ocasiones para aplicar la Ley de 1908, limitándolo tan sólo al tipo nominal pactado y excluyendo comisiones y gastos que debe satisfacer el prestatario (valgan como ejemplos las SSTS de 9 de enero de 1989; 18 de febrero de 1991). Sin embargo, éste no es directamente el caso de la sentencia recurrida, pues lo que se discute realmente aquí es si la dación en pago de bienes realizada por un grupo de empresas a la Caja de Ahorros de Segovia, por los préstamos contraídos durante trece años con dicha entidad y destinados a explotar un negocio inmobiliario, puede subsumirse en el párrafo 2.º del art. 1 que declara nulo por usuario el contrato de préstamo en el que se suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada «*cualquiera que sea su entidad y circunstancias*». A la hora de interpretar este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha seguido un criterio homogéneo. En efecto, una rígida corriente jurisprudencial considera suficiente la simple disconformidad de cantidades (*vid.* entre otras SSTS de 27 de diciembre de 1916; 7 de marzo de 1986). Sin embargo, la presente sentencia se inscribe dentro del grupo de aquéllas que, con mejor criterio, consideran preciso para declarar usurario un préstamo que, de la desproporción de cantidades, ha de resultar en el interés «notablemente superior al normal del dinero» (así, STS de 30 de diciembre de 1987). Todo ello claro está teniendo en cuenta la cuantía del préstamo impugnado, que en el presente caso litigioso era realmente importante.

Resulta, por lo demás, significativo que el Tribunal Supremo haya aprovechado la ocasión para desarrollar toda una interpretación en torno al problemático art. 317 CCO y su compatibilidad con el art. 1109 CC, que, en su párrafo 2.º, remite para la regulación del anatocismo en los negocios mercantiles a lo dispuesto en el CCO. Esta remisión se ha entendido realizada fundamentalmente en los arts. 63 y 317. Este último empieza diciendo que «*Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*». Lo que parece, en una primera aproximación, entrar en flagrante contradicción con el art. 1109 que dispone, con carácter general para los contratos civiles, que «*Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados*»; así como también con el mismo art. 63.1.º CCO que contendría,

según ha afirmado la doctrina tradicional, un supuesto de mora automática para el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias mercantiles.

Los autores, tanto civilistas como mercantilistas, se han esforzado por buscar una compatibilidad razonable entre ambos preceptos, siendo la interpretación mayoritaria precisamente la que recoge en nuestro Tribunal Supremo en esta sentencia, esto es, que, mientras el art. 1109.1.º CC admite directamente el anatocismo legal y no prohíbe el anatocismo convencional en el ámbito civil, el art. 317CCO, por el contrario, prohíbe el anatocismo legal y permite el anatocismo convencional, tanto si el pacto del que trae su causa es anterior como posterior al vencimiento de los intereses. Opinión ésta que parece un poco paradójica si se tiene en cuenta que los intereses constituyen una presentación de carácter pecuniario y, siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, mientras que el art. 63 CCO dispone con carácter general el devengo automático de intereses con la llegada del término, el art. 317 vetaría esta posibilidad cuando estamos ante una obligación de pagar intereses en el contrato de préstamo.

Personalmente opino que es un error ver el art. 317 CCO como una excepción de la mora mercantil, tradicionalmente calificada *ex re*, por cuanto —como ha señalado recientemente Díez-Picazo Giménez, (en *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pp. 549-550)— en el art. 63 CCO no se hace sino recoger la regla general que en materia civil contiene el art. 1100 pf. 2.º, esto es, que el deudor queda constituido en mora sin necesidad de interpelación cuando las partes hubieran pactado o la ley prevea que con el simple vencimiento del plazo el deudor entra en mora. Por lo tanto, la interpelación del acreedor será necesaria en todos aquellos casos en los que de acuerdo con la naturaleza y circunstancias de la prestación no resulte que la época en la que debía entregarse la cosa fue motivo determinante para establecer la obligación (art. 1100 pf. 2.º, n.º 2.º CC). Y no lo será, por contra, cuando nos encontremos con una obligación con término final de cumplimiento (art. 63.1 CCO). De hecho, resulta difícil pensar que las reglas generales de intereses se excepcionan en el ámbito mercantil, y en particular en el contrato de préstamo, máxime si se tiene en cuenta que las razones que pudieran argüirse en contra del devengo de intereses en este contrato son extensibles al resto de supuestos. Prueba de lo que decimos es precisamente el art. 317 en su inciso primero. Cuando en él se dice expresamente que «*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*», simplemente se está recogiendo lo que es regla general en la materia, esto es, que tras el vencimiento surge la exigibilidad de los intereses, pero para que sobre ellos se produzca las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias es preciso: bien la reclamación del acreedor (art. 1109 CC), bien el pacto de capitalización de los intereses vencidos y no satisfechos, que, como deuda de capital, devenguen nuevos intereses (art. 317 CCO). (V.M.L.)

7. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Subsidiariedad.— En el presente caso no se da la premisa fundamental del carácter subsidiario de la acción rescisoria de acuerdo con la doctrina jurisprudencial en la sentencia de 27 de mayo de 1992 que, después de reiterar esa subsidiariedad como previa a las consecuencias del fraude, añade que, como declaran las sentencias de 1 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y otras, la entidad demandante no respetó el carácter subsidiario de la acción ejercitada por haber descuidado la previa persecución de los bienes de que el deudor pudiera hallarse en posesión y de no haber demostrado que carece así de todo otro recurso legal para obtener lo que se le adeuda, por lo que claudica por su base la invocación del art. 1111. (STS de 5 de diciembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Ejercitada por el banco prestamista la acción rescisoria de contrato por fraude de acreedores respecto del de compraventa celebrado por Don Luis R. y su esposa como vendedores y Don Francisco S. y su esposa como compradores, instrumentado en escritura pública de fecha 4 de marzo de 1985, recayó sentencia por la que se condena a los demandos Don Francisco S. y su esposa a abonar a la entidad demandante la cantidad de 3.779.334 pesetas, más los intereses, intereses de demora y comisiones de dicha cantidad con sujeción a los tipos estipulados en la escritura de préstamo de 1 de marzo de 1977, y subsidiariamente y en el caso de que no fuera posible realizar el pronunciamiento anterior, se declara rescindido el citado contrato de compraventa de forma que la finca vendida vuelva al caudal de donde procede para responder de la deuda contraída por los vendedores con el banco actor. La Audiencia Provincial confirmó esta resolución. Prospera el recurso de casación interpuesto por los demandados. (A. C. S.)

8. Irrevocabilidad del poder: puede nacer tanto de la escritura de apoderamiento como del contrato subyacente del que trae causa.— Si las partes de un contrato acuerdan la irrevocabilidad de un poder, que se otorgará posteriormente, para llevar a buen fin los términos de dicho contrato, aunque en la futura escritura de apoderamiento no se haga constar tal irrevocabilidad, la misma surge del pacto incluido en el contrato subyacente del que trae causa. Se trata así de evitar que el fin perseguido se vea frustrado por la sola voluntad de uno de los interesados (la demandada), en perjuicio de los demás (el recurrente y los terceros compradores de las viviendas construidas).

Exceptio non rite adimpleti contractus: no procede ya que el pacto de irrevocabilidad no tiene el carácter de contra prestación de las obligaciones asumidas por el apoderado.— En el contrato de arrendamiento de obra, las partes tienen a su disposición dos excepciones: la *exceptio non adimpleti contractus*, para los casos de incumplimiento contractual de la contraparte, y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, en aquellos supuestos en que una de las partes cumpla su obligación defectuosa o incompletamente.

La demandada alega la *exceptio non rite adimpleti contractus* para mantener que la irrevocabilidad del poder deriva del cumplimiento defectuoso de algunas de las obligaciones asumidas por el recurrente. Ahora bien, en este caso no nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de obra, sino ante un contrato atípico *do ut des*, no teniendo el pacto de irrevocabilidad el carácter de contra prestación de las obligaciones asumidas por el apoderado. Se trata, por tanto, de obligaciones independientes y por ello el incumplimiento alegado sólo puede dar lugar a futuras acciones resolutorias o indemnizatorias. (STS de 19 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Doña Adela C.O., de nacionalidad venezolana y residente en Caracas, era propietaria de un solar en una urbanización de Orense. El 9 de septiembre de 1981 celebró un contrato con Don José B.M., contratista de obras, cediéndole el solar, al objeto de que, previa la obtención de las oportunas licencias, construyese un edificio de determinadas características, revertiendo en Doña Adela un local, un piso y una plaza de garaje del mismo, quedando las demás partes del edificio de la propiedad única y exclusiva de Don José. En este mismo contrato se señalaba que como el edificio se construiría a nombre de Doña Adela, ésta conferiría con carácter irrevocable un poder notarial a nombre de Don José para que pudiera solicitar las licencias, vender las partes del edificio, etc. Dos días después Doña Adela otorgó el mencionado poder, pero en él no hizo constar su carácter irrevocable. Finalizada la obra en mayo de 1989, en noviembre de ese mismo año Doña Adela revoca el poder.

Don José formula demanda de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia que estima la demanda y deja sin efecto la revocación del poder llevada a cabo por la demandada, quedando ésta obligada a cumplir lo pactado en el contrato de 9 de septiembre de 1981. En grado de apelación, la Audiencia Provincial revoca la Sentencia de instancia señalando que la irrevocabilidad del poder debe constar en la escritura de apoderamiento. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (A.M.C.E.)

9. Arras penitenciales: para que las cantidades entregadas puedan calificarse como arras penitenciales, es necesaria una clara y constata-da voluntad de las partes en tal sentido; interpretación restrictiva del art. 1454 CC.— Al tratarse de la compra de una vivienda aún no construida, la expresión «en concepto de reserva» ha de interpretarse en el sentido de que la cantidad entregada por el comprador será imputada al pago del precio, y ello, aunque en el recibo no se haga constar el precio total de la venta, dado que se trata de la manera habitual de actuar de la sociedad vendedora.

Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 12 de diciembre de 1991, 11 de diciembre de 1993 y 15 de marzo de 1994), el art. 1454 CC tiene carácter excepcional y debe interpretarse restrictivamente, de tal modo que las cantidades entregadas han de valorarse como parte del precio y confirmación del

contrato celebrado, y sólo cuando exista una voluntad clara, constatada, e indubitada de las partes acerca del carácter penitencial de las arras, podrán éstas ser calificadas como tales.

Error en la apreciación de la prueba: pago de precio en efectivo y mediante talón bancario que no fue cobrado por la sociedad vendedora.— La alegación por parte de la sociedad demandada acerca de la existencia de un error en la apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia, en el sentido de que no se le hizo entrega realmente de un millón de pesetas, puesto que recibió del comprador una cantidad en metálico y el resto mediante talón bancario que nunca llegó a cobrar, es desestimada al haber podido en todo momento la sociedad mencionada hacer efectivo el talón sin inconveniente alguno.

Falta de representación en cuanto a la fijación del precio.— El Consejero-Delegado de la sociedad vendedora, como representante de la misma, al aceptar el abono de millón de pesetas y expedir los recibos correspondientes, no está ratificando el precio indicado por la empleada, sino dando su conformidad al mismo. (STS de 23 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Antonio I.S. acudió a la sociedad DIURSA al objeto de adquirir una vivienda y una plaza de garaje, siendo informado por una empleada del precio y forma de pago. «En concepto de reserva» de una de ellas, pagó un millón de pesetas (parte en dinero en efectivo y el resto mediante un talón bancario), entregándosele un recibo consignado por Consejeros-Delegados de la entidad vendedora, en el que constaba que gozaban de facultades para celebrar el contrato de compra venta.

Tras la negativa de la vendedora a cumplir el contrato alegando la falta de validez del mismo, Don Antonio interpuso demanda de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, que fue estimada. Presentado por la demandada recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ésta confirma la Sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

NOTA.— El eje principal de esta Sentencia lo constituye el carácter que debe darse a las arras entregadas por las partes en la celebración de un contrato. En un principio el Tribunal Supremo seguía una línea vacilante en cuanto al carácter de dichas arras en aquellos casos en que no constaba claramente la voluntad de las partes (*vid. v.g.* por una parte, las SSTs de 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1948, 7 de febrero de 1966, 16 de diciembre de 1970, 12 de julio de 1986, 30 de abril de 1988, que señalan que se trata de arras confirmatorias que han de computarse como parte del precio, realizándose una interpretación restrictiva del art. 1454 CC.; mientras que, por otro lado, las SSTs de 22 de octubre de 1956, 20 de mayo de 1967, 7 de julio de 1978, 19 de octubre de 1984

entienden que se trata de arras penales, y así, la mencionada Sentencia de 20 de mayo de 1967 indica que «las consecuencias de estas entregas llamadas arras o señal, cuando están en el contrato cumplidamente previstas y no son contrarias a la Ley, han de ser respetadas, pero cuando la expresión de voluntad no aparece clara (...) habrá que acudir a las normas interpretativas de los artículos 1281 a 1289 del Cc (...) y cuando, en definitiva, de dicha interpretación se pueda deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución, que es el artículo 1454 del Cc»).

Ahora bien, en los últimos años (*vid. v.g.* las SSTs de 9 de marzo de 1989, 12 de diciembre de 1991, 31 de julio y 3 de octubre de 1992, 21 de junio de 1994, 11 de abril de 1994, 22 de abril de 1995, 30 de diciembre de 1995), el Tribunal parece decantarse por la primera de las líneas interpretativas expuestas y ha venido señalando que las partes son libres para fijar el carácter de las arras y que si su voluntad no es clara las arras han de reputarse confirmatorias, interpretación que, como hemos visto, sigue la Sentencia objeto de análisis.

Sobre las arras en general y concretamente sobre la evolución jurisprudencial en su interpretación, puede verse el trabajo de S. Díaz Alabart publicado bajo el título «Las Arras (I y II)», en la *Revista de Derecho Privado*, enero y febrero de 1996, EDERSA, Madrid, 1996. (A.M.C.E.)

10. Compraventa de inmuebles: resolución por incumplimiento: doctrina general.— Los arts. 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan, hasta el punto de que la regla general aplicable a toda clase de obligaciones recíprocas se aplica de modo específico a la compraventa de inmuebles, estableciéndose que la facultad resolutoria establecida con carácter genérico en el art. 1124 requiere, no un simple retraso en el cumplimiento obligacional asumido por el tildado de incumplidor, sino que es preciso se patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente deliberada y obstativa al cumplimiento, de manera que el hecho incumplidor haya de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte, todo lo cual habrá de ser acreditado por quien adujere el incumplimiento a satisfacción del Tribunal de instancia, es decir que la inequívoca voluntad incumplidora viene a constituir un presupuesto material cuya apreciación incumbe a la Sala sentenciadora, pues el problema es de orden fáctico; en el presente caso se declara probado que si el contrato no llegó a cumplirse ello fue debido a la actitud de los vendedores.

Precio aplazado: abono de intereses moratorios: no procede indemnización por depreciación monetaria: inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*.— Se pretende que el abono de intereses moratorios como indemnización por daños y perjuicios es insuficiente en razón al tiempo trans-

currido desde que debió satisfacerse el resto de la cantidad adeudada introduciéndose así, sin mención específica al respecto, y con base en la S. de 6 de mayo de 1988, el factor compensatorio de la cláusula *rebus sic stantibus*; ahora bien, si es cierta la interpretación que confiere el recurrente a la precitada sentencia, no lo es menos que la aplicación de la expresada cláusula requiere la concurrencia de las circunstancias exigidas por la doctrina jurisprudencial, que no concurrieron en este caso.

Incongruencia.— Los límites definidores de la congruencia conforme a la doctrina jurisprudencial no imponen sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, ni un rígido acomodo a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que lo complementan y precisan o contribuyen a la fijación de sus lógicas consecuencias, pues lo perseguido no es otra cosa que el Tribunal se atenga a lo pedido y no a su literalidad; el deber de congruencia obliga a dar a las pretensiones de las partes una respuesta directa y coherente y a resolver todos los puntos litigiosos. (STS de 10 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Sintentizando las complejas relaciones que median entre las partes, cabe decir que los compradores solicitan elevación a escritura pública del contrato de compraventa formalizado en 1973, mientras que los vendedores alternativamente piden, o la resolución por incumplimiento de pago del precio aplazado, o abono de intereses del precio aplazado debidamente rectificado conforme a la devaluación monetaria experimentada, con apoyo en la S. de 6 de mayo de 1988. Después de recordar la doctrina ya consolidada sobre la resolución por incumplimiento de la compraventa inmobiliaria, el TS llega a la conclusión de no haber habido incumplimiento merecedor de la resolución por parte de los compradores, aunque a éstos condena al abono de intereses moratorios. Conviene recordar que el caso resuelto por STS de 5 de mayo de 1988, aún presentando analogías no coincide con el presente, pues se trataba del precio abonado por un piso en construcción que no llega a tener realidad, bordeando la estafa inmobiliaria. Pero aquí no hay voluntad rebelde al cumplimiento, ni frustración del fin contractual pretendido. La doctrina de dicha S., aparte de ser única, no puede generalizarse por permanecer inalterado el principio general del nominalismo en el abono de las deudas de dinero, con todas las atenuaciones conocidas de tipo legal, jurisprudencial o voluntario. Es comprensible que quien debe percibir 200.000 pts. debidas desde 1974 pretenda una actualización, pero aquí se tropieza con la crudeza de la aplicación de un principio que el legislador no ha juzgado oportuno modificar con carácter general. (G.G.C.)

11. Compraventa. Interpretación de los arts. 1502 y 1504 CC.— La obligación fundamental del comprador es la de pagar el precio de la cosa vendida en el lugar y tiempo pactados, que es de ineludible cumplimiento ya que

el carácter sinalagmático de la compraventa exige que las prestaciones de comprador y vendedor deban ser realizadas con perfecta simultaneidad e identidad de tiempo y lugar, y solo como garantía o seguridad de los derechos del comprador se concede a éste *un a modo de retención del precio* cuando es perturbado en su posesión o dominio o tiene el temor fundado de serlo. En estos supuestos el art. 1502 CC le faculta para suspender el pago del precio hasta que cese la situación anormal que motiva esta precaución, que es en realidad una aplicación de la excepción [*non adimpleti contractus*]. Son requisitos necesarios para el ejercicio de este derecho: 1.º) Que el comprador sufra, o tenga el temor fundado de sufrir, una perturbación producida por el ejercicio posible de una acción reivindicatoria o hipotecaria, únicas que autorizan a suspender el pago ya que el citado art. 1502 *es de aplicación restrictiva* y no puede ampliarse a acciones distintas de la que en él se mencionan. 2.º) Que el temor de la perturbación sea fundado, sin que sea bastante para autorizar la suspensión del pago la suspicacia de un comprador desconfiado o pesimista. 3.º) Que el comprador notifique al vendedor su decisión de suspender el pago del precio, pues ni ésta puede ser indefinida ni puede subsistir cuando el vendedor afiance la devolución del precio, lo que no podría hacer si no se le notifica el ejercicio de esta facultad suspensiva. Por tanto no estaba legitimado el actor para suspender el pago de parte del precio por acto de propia autoridad con base en un precepto de interpretación restrictiva y cuyos presupuestos no se cumplen.

Por otra parte, la obligación que tiene el comprador de satisfacer el precio de la cosa vendida es tan esencial en la figura de la compraventa, que una vez recibida la cosa, no existe otra posibilidad jurídica de suspender el pago que la que contempla el art. 1502 CC. Y esto es así porque, según doctrina reiterada y constante (por todas, la STS de 23 de mayo de 1981), el requerimiento a que se refiere el art. 1504 CC presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento, por parte del comprador, de su obligación de pagar el precio, aunque para surtir plenos efectos es preciso que el comprador tenga conocimiento del tal efecto volitivo. Además, al vendedor que practica el requerimiento del art. 1504 CC, no se le puede imponer la obligación de requerir previamente de pago, pues ello contrariaría el fin del art. 1504 CC, al implicar una petición de cumplimiento contractual, que sí contempla en cambio el art. 1124 CC con una opción que no admite el art. 1504. Es decir, el requerimiento a que se refiere el citado precepto tiene el fin de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, quedando resuelto el contrato *ipso iure* desde el requerimiento, si bien en el caso de que la resolución hecha por una parte no se acate por la otra, dicha resolución queda sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declararla, en definitiva, bien hecha o, por el contrario, no ajustada a Derecho. (STS de 18 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don L.R.F.R. formuló demanda, sobre cumplimiento de contrato, contra C.C.F.S.A. ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de los de Barcelona, que absolvió a los demandados y estimó la deman-

da reconvenional. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso por sentencia de 9 de mayo de 1991. El TS declara haber lugar al recurso. (A.J.C.)

12. Principio de congruencia procesal.— Como ya ha afirmado la S. de 15 de marzo de 1993, el Tribunal de apelación puede y debe resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, siendo incongruente la sentencia que no contiene pronunciamiento relativo a la reconvenición planteada por el demandado (sentencia, entre otras, de 1 de julio de 1932); ya que rectamente entendido el principio de congruencia, implica que el Juez tenga en cuenta también las peticiones del demandado, que en no pocos supuestos implican fundamentos autónomos aunque conexos con los deducidos por el demandante, que exigen por ello pronunciamiento específico (SS., entre otras, 8 de febrero de 1944, 2 de junio de 1954 y 29 de noviembre de 1962).

Error en la apreciación de la prueba.— La doctrina reiterada de esta Sala ha establecido que es indispensable que el documento o documentos invocados como demostrativos del error padecido por el Juzgador en su apreciación probatoria, han de evidenciar por sí solos y por su propia literalidad (litosuficiencia) el error de hecho denunciado, sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones, conjeturas o hipótesis.

Prueba testifical. Apreciación discrecional por el Juzgador.— La apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador de instancia que la somete e interpreta con arreglo a la sana crítica, no siendo impugnabile en casación.

Saneamiento por vicios ocultos y resolución contractual por *aliud pro alio*.— Los arts. 1484 y 1490 CC, como reguladores de las acciones redhibitorias y *quantum minoris*, integradas en el art. 1486, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta —SS de 23 de junio de 1965 y 28 de noviembre de 1970—, o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina —S de 14 de marzo de 1973— (S de 28 de enero de 1992); y, según la S de 7 de abril de 1993, «se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o *aliud pro alio*, cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los arts. 1101 y 1124 CC». (STS de 14 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— No habiendo sido satisfecho parte del precio de unas máquinas de pesaje, que la entidad mercantil «C. y C.C., S.A.» había vendido a la «Cooperativa O.V.A.», la parte vendedora formuló deman-

da contra la compradora en reclamación de la cantidad debida. La Cooperativa demandada, alegando funcionamiento defectuoso de la maquinaria objeto del contrato de compraventa, se opuso y formuló reconvención interesando sentencia por la que se declare haber quedado resuelto por mutuo acuerdo de las partes dicho contrato de compraventa, y subsidiariamente, para el caso de que estimase no haber quedado acreditada dicha resolución por mutuo acuerdo, se decrete la resolución por causa de incumplimiento del actor reconvenido; y, en cualquiera de los dos casos anteriores, se condene a la entidad actora a devolver a la demandada el dinero a cuenta recibido de ésta, más los intereses legales desde tal entrega, así como a la indemnización de daños y perjuicios, ofreciéndose desde este momento (como ya se hizo al constar la falta de funcionamiento) la devolución de la maquinaria vendida, para su retirada cuando lo estime oportuno.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo casó y anuló en parte el pronunciamiento de la Audiencia y revocó, también parcialmente, la sentencia dictada en Primera Instancia, pero confirma la sentencia recurrida en cuanto estima la demanda de la actora, desestimando la reconvención. (R.D.R.)

13. Contrato de suministro de energía eléctrica: incumplimiento contractual: fuerza mayor.— Por un abonado del servicio eléctrico se reclaman los daños y perjuicios que le fueron originados por la falta de fluído eléctrico necesario para la extracción, por elevación, de las aguas necesarias para su riego de los cultivos de maíz y girasol; pero ello fue debido a la violenta actuación de los vecinos del pueblo de V. de la F. que derribaron los postes del tendido eléctrico cuya reposición fue imposible por los disturbios que también protagonizaron, incluso con la presencia de la Guardia Civil en diversas ocasiones, y tales hechos objetivamente constituyen la asonada motín, rebeldía y actuación violenta por vía de hecho, que suponen un caso típico, paradigmático, de fuerza mayor que impide el cumplimiento contractual de suministro energético, sin posibilidad de su previsión por la Compañía distribuidora, y menos aun de poner los medios a su alcance que garantizaran eficientemente tal suministro, por lo cual avisó a la Administración encargada de la seguridad y orden público, que es lo que le permitía su situación; en consecuencia resulta aplicable el art. 1105 CC y la jurisprudencia que lo ha interpretado, como un supuesto de fuerza mayor.

Responsabilidad de las Administraciones Públicas por no reprimir los hechos: incompetencia de jurisdicción: art. 40 Ley 1957.— Declarado probado que los hechos violentos que impidieron el suministro de energía eléctrica al actor no fueron impedidos a su vez por las Administraciones Públicas, es patente que no se está en presencia de ningún negocio civil, sino de una muy grave alteración de orden público, no reprimida ni evitada por los funcionarios o agentes dependientes de la Administración, cuya supuesta con-

ducta pasiva en tales episodios incide en los actos de soberanía o de *imperium*, que son los que se prevén en el art. 40 de la Ley de 1957, vigente al momento del acaecimiento de los hechos, y que han de ser motivo de reclamación por otra vía y enjuiciamiento por otra jurisdicción, a diferencia de las actuaciones del Estado prevenidas en el art. 41 de la misma ley, sin que pueda alegarse la *vis atractiva* y la calidad residual de la jurisdicción civil pues dado el origen diametralmente distinto de una y otra responsabilidad de los demandados, hay que rechazar todo indicio conceptual de solidaridad y de subsidiariedad.

Inaplicabilidad de la culpa extracontractual.— Al exigirse a una empresa privada el incumplimiento de un contrato de suministro de energía eléctrica, no es aceptable una responsabilidad extracontractual, porque si en efecto se produjo un evento como causa eficiente y directa de los daños que son objeto de reclamación pero de procedencia extraña, no puede imputársele a la empresa privada demandada otra responsabilidad que la que se deriva del propio contrato, que precisamente en este caso no es asumible por ella por la declaración de causa de fuerza mayor imprevisible e inevitable, en punto a las Administraciones demandadas, cuya supuesta responsabilidad es dimanante de una grave alteración de orden público, con disfunción del servicio de seguridad que garantice los derechos y libertades constitucionales y el funcionamiento de seguridad de los servicios públicos (art. 104 CE), ello está fuera del ámbito del art. 1903 CC por sus características, para entrar de lleno en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. (STS de 3 de octubre de 1994; ha lugar en parte).

NOTA.— Al cabo de más de siete años, el abonado que sufrió un elevado perjuicio por interrupción del servicio de energía eléctrica (por él valorado en más de 79 millones de pts. aunque la cifra no ha sido contrastada) obtiene una victoria pírrica al ser estimada en parte su recurso de casación, que, sin embargo, exonera de responsabilidad a la empresa suministradora por causa de fuerza mayor, y pese a prejuzgar de algún modo la actuación de las Administraciones Públicas en los hechos (calificados de «grave alteración de orden público, no reprimida ni evitada por los funcionarios o agentes dependientes de la Administración») sin embargo le obliga al «peregrinaje de jurisdicciones» que en otras ocasiones la Sala 1.^a ha tratado de evitar. Sin embargo, los argumentos resultan impecables: si por un lado, la acción ejercitada contra la empresa suministradora por incumplimiento de contrato de suministro, es de naturaleza estrictamente civil (pese a que la S. de la AP de Albacete la deestimó por incompetencia de jurisdicción), por otro la supuesta actuación pasiva o negligente de las Administraciones Públicas entra de lleno en la esfera de lo contencioso-administrativo. También es correcta la exclusión del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de unos y otros hechos aquí enjuiciados. Con todo cabe hacer todavía alguna reflexión: ¿Se hubiera producido el supuesto de fuerza mayor si las

fuerzas de orden público hubieran evitado o reprimido la asonada, motín o actuación violenta de los vecinos del pueblo? Tal actuación eficaz ¿no hubiera sido adecuada para restablecer inmediatamente el suministro de energía eléctrica? (G.G.C.)

14. Arrendamiento de local de negocio. Cierre por más de seis meses. Resolución.— Según tiene establecido esta Sala, las razones del art. 62-3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos son, de un lado, la falta de necesidad de la prórroga del plazo contractual que el arrendatario demuestra con el cierre del local, y de ahí la excepción de que el cierre obedezca, no a esa falta de necesidad sino a otra causa justa, y de otro, el perjuicio que al arrendador pueda sobrevenir por el cierre sin justa causa de un local arrendado para establecer un negocio abierto al público, ya que no le es indiferente que la clientela pierda el hábito de acudir al local, potenciando un mayor rendimiento, siendo, además, el cierre concepto contrario al de establecimiento abierto, con el que el art. 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos caracteriza el arrendamiento de locales de negocio, de manera que si es lícita la explotación de un negocio distinto a aquel que estaba establecido en el comienzo de la relación arrendaticia, las obras de adaptación no justifican el cierre por tiempo superior al señalado en el art. 62, dando lugar a la excepción a la prórroga arrendaticia. (STS de 17 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El 11 de octubre de 1989 el arrendador presentó demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, alegando la causa n.º 11 del art. 114 LAU, en relación con el art. 62. El Juzgado estimó la demanda y su resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial, al entender que, en 7 de mayo de 1989, el local ya llevaba cerrado más de seis meses y que existían datos para estimar que el cierre continuaba en meses posteriores. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario. (A.C.S.)

15. Arrendamientos rústicos. Derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios.— Se plantea en este caso el supuesto de que el actor, representado por su hija en virtud de poderes notariales, fallece durante el juicio en el que se ventila su derecho de acceso a la propiedad por ser titular de arrendamiento rústico anterior al 15 de marzo de 1935. Si bien la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor ya que la situación fáctica de las partes ha de referirse al momento de interposición de la demanda, en virtud del principio de la *Perpetuatio Jurisdictionis*, lo que significa que el fallecimiento del actor, durante la tramitación de la causa, no afecta al pronunciamiento final de un debate, el TS entiende que la Sentencia dictada en apelación, de hecho, se contradice por cuanto en el fallo está declarando, no ya el derecho del actor, sino el de los actores, es decir las personas que hayan podido suceder al pretendido arrendatario-actor. Abunda esta conclusión el hecho de que nadie comparece en autos sosteniendo la acción por él entablada y atribuyéndose la cualidad de sucesor

en términos arrendaticios rústicos, si bien sería preciso examinar en un proceso contradictorio tal cualidad.

Por otra parte no ha existido la correspondiente continuidad en la acción procesal por cuanto que se han mantenido todas las alegaciones y la tramitación correspondiente en los recursos, por la misma persona que actuó con base al apoderamiento notarial indicado, lo cual de por sí ya sería suficiente para inviabilizar la acción, por cuanto que habiéndose extinguido ese poder por el fallecimiento del apoderado (art. 1732,2.º CC) es evidente que se carecía ya tras esa fecha de dicha habilitación para poder continuar con la representación en juicio.

Además hay que tener en cuenta que ese derecho de arrendamiento tiene el carácter de privilegio tanto en su complejo ordenador como en su misma existencia y sobre todo en la atribución de ese singular derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado; que por consiguiente está configurado como derecho *intuitu personae*, es decir, que existe y opera y, como tal, posibilita en su caso la conversión en su *maximalismo patrimonial de propietario* cuando persiste ese arrendatario, de tal suerte que con su muerte desaparece el sustrato de subjetividad en contemplación del cual está aquel derecho estructurado. Esto determina que este especial derecho de arrendamiento no es, por su propio carácter, incluíble entre los derechos transmisibles *mortis causa* del arrendatario, pues por su peculiar naturaleza se extingue con la muerte pese al juego, en nuestro Derecho Positivo de los arts. 1112 y 1257 CC.

De otro lado no es posible compartir el juicio que efectúa la sala *a quo* sobre el derecho de los actores —que serían en su caso los causahabientes del fallecido— porque al no haber sido ello objeto de la acción inicial al vivir el causante y pese a la libertad y amplitud probatoria de todo recurso de apelación, el mismo no puede recaer sobre hechos no planteados tras la *litis contestatio* sin que, por tanto, quepa ni siquiera recurrir a la eventualidad probatoria de los arts. 862-3.º y 897 LEC. (STS de 7 de octubre de 1994; ha lugar el recurso).

HECHOS.— Don L.T.G. y su esposa formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Gijón demanda de juicio de Arrendamientos Rústicos contra el legal representante del Arzobispado de Oviedo sobre el acceso a la propiedad de una finca por parte del actor. Desestimada la demanda, la Sección Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A.J.C.)

16. Recepción de la obra. Eficacia liberatoria.— Establecido el hecho de la recepción de la obra sin reserva alguna, que no ha sido objeto de impugnación casacional en la vía adecuada, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial —así, Sentencia de 29 de noviembre de 1991— expresiva de que la aceptación al recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido ejecutada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido por el contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario. (STS de 12 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— En esta sentencia no prospera la reconversión basada en mala ejecución de una obra (salida y extracción de gases) por haber sido recibida a satisfacción del propietario.

Aun en defecto de provisión específica en la normativa vigente sobre el contrato de obra, es conclusión generalmente admitida en la doctrina (Cabanillas, *La recepción de la obra*, ADC, 1978, pp. 302 y ss., y *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 235 y ss.), y suficientemente consolidada en la jurisprudencia, que la recepción que concluye en aprobación libera al contratista de la responsabilidad por vicios aparentes que no sean objeto de reserva por parte del comitente, lo cual es puesto de relieve por la sentencia anotada y por otras, como la de 29 de noviembre de 1991.

El art. 1594 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra consagra expresamente el indicado efecto liberatorio de la aprobación de la obra por el comitente: «La aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos que al tiempo de recepción de la obra fueren manifiesto, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos fácilmente por razón de su oficio o profesión» (sobre este precepto, Cadarso, *Contratos de servicios de obra*, Jaén, 1996, pp. 97 y ss.). (A.C.S.)

17. Contrato de obra: responsabilidad por ruina: promotor que contrata trabajos de albañilería: inaplicabilidad del art. 1596.— Es verdad que la S de 29 de junio de 1987, seguida de otras, han equiparado la figura del promotor de viviendas a la del contratista, a efectos de lo dispuesto en el art. 1591, pero en el presente caso el promotor ha contratado con el recurrente la ejecución de las obras de albañilería del edificio litigioso, sin que se dé nota alguna de subordinación o jerarquización entre los mismos, sino, por el contrario, una situación de independencia del contratista frente al dueño de la obra en relación a su ejecución, no obstante la sumisión a las obligaciones pactadas, lo cual impide considerar al recurrente como subcontratista al que no alcanza la responsabilidad decenal, resultando asimismo infundada la aplicación del art. 1596, por lo cual responde de la ruina parcial.

Responsabilidad del promotor: inaplicabilidad de la doctrina de los vicios ocultos y de su plazo de prescripción.— Es doctrina reiterada la inaplicabilidad del saneamiento por vicios ocultos a los supuestos de responsabilidad por ruina, habiendo declarado la S. de 12 de febrero de 1985 que los vicios o defectos de que aquí se trata son específicamente derivados de la ruina del edificio, por vicios de la construcción, del suelo y de la dirección, con una normativa particular, y la S. de 16 del mismo mes y año afirma que no son simples vicios ocultos, sino defectos constructivos tipificados en el art. 1591; en el presente caso se han declarado ruinosos los defectos existentes en el edificio de la Comunidad actora y es procedente declarar la responsabilidad de la sociedad recurrente por los mismos, como promotora del edificio en cuestión.

Prueba de los vicios: pericia extrajudicial.— Se alega que el informe pericial acompañado por la actora con la demanda, no fue adverado, autenticado ni ratificado en trámite probatorio, pese a lo cual fue tenido en cuenta por el Juzgador; pero el art. 1225 CC invocado como infringido, resulta inaplicable ya que en tal precepto no se comprenden toda clase de documentos que existen en el tráfico jurídico, sino que se contrae a los documentos privados que han sido suscritos por las partes y contienen normalmente un acto o negocio jurídico; en el presente caso se trata de un informe pericial creado extraprocesalmente, admitido en la instancia por todos los litigantes, incluso por el recurrente al contestar a la demanda, sin impugnar su legitimidad, y apreciado por la Sala de instancia, en unión de las demás pruebas; es de aplicar la doctrina de la S. de 8 de junio de 1992, según la cual se trata de criterios valorativos que escapan al control casacional y son respetados por esta Sala cuando los razonamientos no son ilógicos, ni arbitrarios. (STS de 10 de octubre de 1994; no ha lugar). (G.G.C.)

18. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores. Transcurso del plazo de garantía de diez años establecido por el art. 1591 CC.— La Sala *a quo* parte como hecho probado que los defectos denunciados lo fueron después de transcurrido el período decenal. Siendo así, es evidente que la acción se ejerció fuera del plazo legal al haber transcurrido el plazo de garantía sin poner de relieve los defectos que la demanda acusa de una forma incompleta e imprecisa. Esta Sala, en numerosas sentencias, entre otras de 11 de octubre de 1974, 4 de diciembre de 1989 y 14 de febrero de 1991, 15 de julio y 15 de octubre del mismo año, ha exigido que el vicio se exteriorice dentro del plazo de diez años y no, como ocurrió en el caso debatido, después de transcurrido. Con ello ha de estimarse que la acción no nació a favor de la recurrente contra los demandados, ni pudo por consiguiente comenzar a correr el plazo de los quince años que establece para la prescripción de las acciones personales el art. 1964 CC; circunstancias que la Sala *a quo* califica en su fallo como de caducidad de la acción; ha precluido, pues, el plazo de garantía, como reconoce, confirmando dicha doctrina, la sentencia de 30 de junio de 1991. (STS de 3 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El presidente de la Comunidad de propietarios demanda a dos arquitectos, un aparejador, la constructora y la promotora, solicitando la condena a realizar las obras necesarias para subsanar y reparar todos los vicios y defectos constructivos en la cubierta y en el colector de saneamiento que forman parte del edificio. El Juzgado estima la demanda en parte, condenando únicamente a la constructora. La Audiencia estima el recurso de apelación de la entidad constructora, la que absuelve de la demanda con revocación de la sentencia apelada, por no haberse probado de cuáles defectos se trata y además que fueron denunciados fuera del período decenal. No prospera el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de propietarios.

NOTA.— Como he tenido ocasión de señalar repetidamente, el cumplimiento del plazo de garantía decenal que establece el art. 1591 CC, así como el 1909 CC en el ámbito extracontractual, sin que se patenten vicios de construcción, determina la total exención de responsabilidad de técnicos y constructores, como muy bien señala la sentencia que anoto. El plazo de diez años es plazo de garantía y no de prescripción de la acción de responsabilidad por vicios de construcción. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 afirma que uno de los presupuestos de la responsabilidad del art. 1591 es que no se rebase el plazo de diez años. También la sentencia de 11 de noviembre de 1982 (Cabanillas, *La evolución de las responsabilidades en la construcción*, en *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990, pp. 353, nota 9). (A. C.S.)

19. Contrato de ejecución de obra. Vicios de la construcción. Responsabilidad decenal del constructor.— Entran dentro del concepto amplio de ruina establecido por la jurisprudencia los defectos de construcción «graves», como los supuestos ahora contemplados: defectos de impermeabilización en cubierta que produce filtraciones de agua y molestias a los propietarios del edificio y filtraciones de agua en sótano, por falta de impermeabilización; o, en general, deficiencias que acarrear humedades y filtraciones, que implican vicios que hacen inútil el edificio para la finalidad que le es propia (en relación con las deficiencias de una chimenea de calefacción, en el presente caso). Defectos todos ellos imputables únicamente a los constructores por no haberse atendido al proyecto y haber utilizado materiales de mala calidad. Calificación jurídica acorde con la doctrina reiterada de esta Sala «que ha distinguido, en materia de deficiencias que puede presentar la obra conforme al art. 1591 citado, los graves defectos que llevan a la ruina y además otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata sino pasado un tiempo, más bien largo, salvo que se verifiquen las debidas reparaciones. Por ello, la jurisprudencia comprende como origen de responsabilidad de los intervinientes en la obra (en este caso del contratista) no sólo los defectos fundamentales, sino también los meros defectos que atentan de manera más o menos intensa a la habitabilidad del inmueble y que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato».

Incongruencia.— No es incongruente la sentencia recurrida, pues lo que en realidad se hace en el fallo del Tribunal de apelación recurrido es dar menos de lo pedido, ateniéndose a la doctrina de esta Sala (SS, entre otras, de 16 de julio, I y 15 de octubre de 1992 y 19 de octubre de 1993); no dando lugar a incongruencia alguna las precisiones complementarias verificadas por dicho Tribunal, siempre que no se altere, como ocurre en este caso, la causa de pedir alegada en el juicio (reparación de defectos de la construcción) y no se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas, lo que produciría indefensión a la parte contraria.

Condena en costas.— Teniendo presente que la recurrida impuso al único demandado condenado las costas devengadas en primera instancia por la

parte actora, sin haber sido totalmente estimada la demanda, el motivo del recurso (basado en la infracción del art. 523 LEC) habrá de ser estimado «y ello porque la estimación total de la demanda exige incluir a todos los demandados, de forma que si alguno o algunos demandados quedan excluidos de la estimación de las peticiones formuladas de forma indivisible para todos ellos, es evidente que la estimación deja de ser total, con la repercusión en cuanto a costas que señala el art. 523, es decir que cada parte abonará las costas causadas a su instancia, al no constar circunstancias o méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad». (STS de 10 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de los vicios y defectos en la construcción de un inmueble, la Comunidad de Propietarios ejercita su correspondiente acción contra la entidad promotora-constructora de las viviendas, los Arquitectos y los Aparejadores, solicitando al Juez la condena a los demandados a realizar a su costa las obras necesarias para subsanar los defectos y abonar a las comunidades demandantes el importe de las obras necesarias en la chimenea de la sala de máquinas.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao, estimando la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios, condena tan sólo a la promotora a que realice a su costa las obras necesarias para la subsanación de las deficiencias constructivas así como también al abono del importe de las obras y trabajos a realizar en la chimenea. La Audiencia Provincial, revocando en parte el fallo recaído en primera instancia, por haber estimado también en parte el recurso de apelación de la demandada (promotora), condenó a ésta última únicamente a realizar las obras para la subsanación de las deficiencias constructivas de la planta undécima de cada uno de los inmuebles de las comunidades demandantes y en los pisos de la planta undécima de cada uno de los inmuebles (que fueron especificadas en el informe pericial por un importe de 1.080.000 pts. más IVA); así como también a que satisfaga a la actora la cantidad de 1.200.000 pts. más IVA (según especifica también el mismo informe) por suministro y colocación de la chimenea para salida de gases de la sala de calderas; manteniendo, en lo demás, el pronunciamiento de la sentencia impugnada. Se imponen expresamente las costas de primera instancia causadas por los demandados absueltos (Arquitectos y Aparejadores) a la parte actora, además de las causadas por la misma, y sin declaración expresa de las costas de segunda instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la promotora demandada (no así el de las comunidades demandantes), casa y anula la sentencia de la Audiencia en su pronunciamiento sobre costas de primera instancia, que serán satisfechas por cada parte las causadas a su instancia, quedando subsistente el resto de los pronunciamientos, y pagando cada parte las suyas en cuanto a las de este recurso de casación. (V.M.L.)

20. Contrato de obra: precio por ajuste o precio alzado: revisión de precios: doctrina general.— El art. 1593 CC admite la revisión de precios en los contratos de ejecución de obra, como pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes, pero sin que se exija forma determinada para la autorización del propietario, habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que no es necesario que conste por escrito, valiendo la autorización verbal y la tácita, siempre que se acredite su existencia por cualquiera de los medios probatorios admitidos en nuestro Derecho, y, por supuesto, valiendo como autorización tácita el haberse realizado el exceso de las obras sin la oposición del propietario; doctrina que resume la S. de 23 de noviembre de 1987 cuando dice que el contrato de obra a tanto alzado puede modificarse introduciendo alteraciones o aumentos de precio, ya que el art. 1593 no contiene una norma de Derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes que no implica limitación a su voluntad contractual, sino un complemento de la misma.

Acción directa del art. 1597.— Esta acción directa puede fundamentarse en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, o especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío», pero, en definitiva, el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito) y contra el comitente (S de 13 de abril de 1926), respondiendo uno y otro indistintamente o *in solidum*, si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma, siendo sabido que la responsabilidad solidaria elimina toda idea de litisconsorcio necesario pues el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados. (STS de 11 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Con referencia al art. 1593, escribe Salvador Coderch, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1200, que la regla prohibitiva de la modificación es más verbal que real según sugieren los precedentes históricos, pues el legislador de 1889 no recogió el art. 1534 del Proy. de García Goyena, que a su vez provenía del art. 1973 del *Code*, prescindiendo del requisito de hacer la modificación por escrito y por un precio convenido por el propietario. Así se ha originado la jurisprudencia que como *communis opinio* interpretativa recoge la S. extractada. El mismo autor está de acuerdo con el carácter dispositivo de la norma.

En cuanto al ejercicio simultáneo de la acción directa *ex art.* 1597 contra el contratista y contra el dueño de la obra, también se admite por el autor citado (*loc. cit.*, p. 1208), advirtiendo que en el último supuesto el límite objetivo está dado por la cantidad que el dueño adeudare al contratista en el momento de la reclamación de trabajadores o suministradores de materiales. (G.G.C.)

21. Contrato de servicios de enseñanza de corte y confección. Obligación de actividad.— El contrato civil de arrendamiento de servicios se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que con-

tienen los arts. 1544 y 1583 y siguientes CC, predominando en la relación contractual el principio *intuitu personae*. En los supuestos como el que se enjuicia, tratándose de servicios de enseñanza de corte y confección, se configura un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, en el que el objeto viene determinado por la específica actividad de enseñanza que se presta por una de las partes a otra, a la que le asiste intencionalidad de alcanzarla para su progreso intelectual, profesional e incluso enriquecimiento humano de su caudal de saber y conocer. Por consecuencia, no se promete ni se contrata un efectivo resultado, ya que éste depende de la disponibilidad del alumno para conseguirlo, con la captación útil y aprovechamiento positivo de las enseñanzas que se le imparten, por lo que el negocio se concreta a llevar a cabo la actividad pactada, aunque la misma se oriente directamente a producir el resultado que se espera de la prestación docente que se recibe y por ello exige la necesaria disponibilidad colaboradora del alumnado.

Perfección del contrato.— Se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes respecto a los específicos servicios de enseñanza convenidos y precio remunerador de los mismos, surgiendo así entre ambos contratantes y de manera recíproca, la obligación de cumplir y ejecutar lo que cada uno de ellos asumió y a lo que se comprometió, sin que la posible incidencia de entrega o no efectiva de las calificaciones sea decisiva para determinar que el contrato no había alcanzado grado de perfección, cuando ésta ya se había producido en el momento de su celebración.

Condiciones para la aplicación del art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.— No procede aplicar el art. 26 de la Ley 26/84, ya que este precepto, a efectos de la indemnización de daños y perjuicios, si bien sigue la línea objetivadora de la responsabilidad, también es exigente en la necesidad de que se dé concurrencia de incumplimiento de los requisitos reglamentarios establecidos y demás cuidados y diligencias que imponga la naturaleza del servicio prestado, lo que no se da en el supuesto debatido. (STS de 24 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrente y actora, Doña Angela, en la consideración contractual de alumna, celebró con la recurrida, Doña María Mercedes, ésta como directora de una academia, dos contratos de arrendamiento de servicios. El primero comprendía enseñanzas y aprendizaje de la especialidad de patronaje y confección, cursando estudios al efecto desde 1983 a 1986. El segundo se refería a la materia de patronista-escalador, a lo largo del curso 1987 a 1988. Doña Angela suplicó que se dicte sentencia declarando resuelto el contrato entre las partes y el incumplimiento de la demandada, condenándola a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, a la devolución de los honorarios y al pago de las cosas. El Juzgado desestimó la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación interpuesto por Doña Angela.

NOTA.— Esta sentencia acierta cuando configura el contrato celebrado por las partes como arrendamiento de servicios, estimando que la prestación que recae sobre doña María Mercedes es de actividad o de medios. En el arrendamiento de servicios el arrendatario promete la prestación de los servicios en sí mismos considerados, si bien es verdad que los presta en interés del acreedor, es decir, para satisfacer el interés primario del mismo, que es el resultado útil de la actividad desarrollada. No obstante, si tal resultado no se logra, a pesar de haber actuado con diligencia el arrendatario, no existirá, en rigor, incumplimiento de la obligación (Cabanillas, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 95 y ss.). (A.C.S.)

22. Sociedad civil irregular.— El hecho de que cada uno de los socios perciba con autonomía los ingresos de su trabajo, el uno como abogado, y el otro como arquitecto, no es obstáculo para la existencia de una colaboración mutua, manifestación de su voluntad de asociarse y de conjugar las cualidades de ambos componentes del ente societario o comunitario, lo que revela evidentemente una *affectio societatis* o *animus contrahendi societatis*, dando lugar a una situación jurídica análoga a la contemplada en el art. 1678 CC, como sociedad particular que tiene por objeto una empresa señalada.

Se trata de un supuesto, válido y lícito, de libertad de contratación que puede encauzarse dentro de las tendencias, tanto antiguas como modernas, de considerar sociedad civil el fenómeno frecuente de aportación de elementos patrimoniales o de carácter personal para obtener beneficios o utilidades aunque su objetivo no sea *partir las ganancias*, lo que no obsta para la existencia del ente societario más o menos típico o complejo. Pero no se exige que la entidad así surgida haya de integrar necesariamente una personalidad jurídica autónoma, sino constitutiva simplemente de una unión o combinación sin personalidad y apta para los fines perseguidos, de orden económico y de otra clase.

De los hechos declarados probados no se deduce como cuestión jurídica la existencia de una sociedad regular civil, sino irregular, en cuanto no se atiene a la normativa del art. 1665 CC y tal sociedad irregular civil *se identifica con la comunidad de bienes* con todas sus consecuencias (SS de 19 de octubre de 1962 y 7 de octubre de 1965).

Frente a la afirmación del recurrente de no existir *affectio societatis* ni que exista un fondo común partible de pérdidas y ganancias y la voluntad de correr en común ciertos riesgos, se señala que no se está ante una sociedad civil regular, a la que le sería de aplicación el art. 1665 CC, sino ante una situación de sociedad civil irregular o de comunidad de bienes de *carácter personal* y patrimoniales, válida y eficaz en Derecho según la normativa legal de la contratación civil, sin que pueda decirse ausente la voluntad de constituir un ente común para la gestión de un negocio, integrado por la rehabilitación de viviendas, en el que cada uno de los socios aporta su actividad profesional, diferenciada de la del otro.

Por lo tanto, siendo válidos y lícitos los pactos entre los litigantes, conforme al principio de autonomía de la voluntad y al mismo tiempo obligatorios (arts. 1255 y 1278 CC) no puede sostenerse que aunque las partes no se hayan atendido al art. 1665 del citado cuerpo legal, tales pactos no hayan de cumplirse. (STS de 6 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don A.F.M., Arquitecto, y Don A.F.M. constituyeron un gabinete técnico para la rehabilitación de viviendas. Posteriormente Don A.F.M., interpuso demanda contra Don A.F.M., ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Córdoba sobre declaración de existencia y liquidación de una sociedad civil. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso por sentencia de 28 de mayo de 1991. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

23. Culpa extracontractual: evolución de la jurisprudencia: sentido general.— El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el art. 1902 CC cuya aplicación requiere por regla general la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del eventual resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa; en definitiva, la doctrina de esta Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.

Responsabilidad civil del propietario de viguetas apiladas en descampado por daños causados por juegos de menores de edad: inexistencia.— Descartada en el caso la aplicación de la responsabilidad objetiva estricta, resulta evidente que la posible en que hubiera incurrido el usuario del solar se encontraría supeditada al reproche culposo del que fuera merecedor, el cual hay que desconectarle de la circunstancia de que el solar careciera de vallado u otro elemento protector, toda vez que no le incumbía obligación alguna al respecto, y, además, es de tener en cuenta que los materiales apilados en aquél, no representaban, ni por sí mismos, ni por su colocación, riesgo alguno; el reproche culpabilístico tendría que centrarse esencialmente en la previsibilidad

del resultado dañoso, factor que no puede exigirse al expresado usuario y propietario de los materiales en cuanto que excede de cualquier normal previsión, incluso de la más exigente, la representación mental de que las vigas de hormigón armado, dada su específica estructura, pudieran ser objeto de juegos por escolares menores de edad y, mucho menos, que tales menores pudiesen, a base de golpes de piedra, descarnarlas para utilizarlas como catapultas las varillas de acero del interior de las mismas. (STS de 5 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Barcala Trillo-Figueroa) tanto en su argumentación, como en su resultado. Quizá ha habido una defectuosa dirección de la acción *ex art.* 1902 pues *ad cautelam* podía haberse demandado a los padres del menor que causó materialmente el daño. Los materiales estaban depositados en un solar sin vallar, situado en un descampado, sin que conste de quién sea la titularidad dominical del mismo. La S. es tajante en este punto: no hay obligación de vallarlo a cargo del propietario de las viguetas depositadas. Se alega por el recurrente que, en las proximidades del solar, había una parada de autobús escolar; la cuestión se desplaza a saber quién ha fijado el itinerario del autobús, que suele hacerse por la dirección del centro escolar y las Asociaciones de Padres, siendo criterio determinante que se trate de puntos estratégicos en relación con el domicilio de los escolares; parece difícil exigir responsabilidades por mala —es decir arriesgada— fijación de las paradas. ¿Puede exigirse a los padres que acompañen a sus hijos menores a esperar al autobús? o, al menos ¿que monten un servicio de vigilancia? Parece que hay que dar la razón al TS cuando afirma que un depósito de vigas de cemento en un solar no representa, por sí mismo, un riesgo para las personas que transitan por su lado, a menos que por defectuoso apilamiento amenace caerse (que no parece ser el caso). También resulta evidente que el dueño de las vigas no podía prever en modo alguno que, a golpes de piedra, fueran descarnadas hasta dejar al descubierto las varillas de acero, luego utilizadas como catapultas.

Me parece que el imprevisible y desgraciado suceso, que produjo lesiones oculares graves al hijo del actor, por su inusualidad, no pertenece a los «sectores sensibles» que discrecionalmente acota la Sala 1.^a para aplicar las nuevas doctrinas. Otra cosa sería si tales hechos se reiteraran en la sociedad española. (G.G.C.)

24. Principios procesales. Respeto de la relación jurídica procesal inicial.— Como ha declarado esta Sala reiteradamente (SS. de 22 de abril de 1988, 30 de junio de 1988, 3 de enero de 1990, 24 de octubre de 1990, 28 de diciembre de 1990, 28 de octubre de 1991 y otras) es inadmisibile, porque supondría una alteración de la relación jurídica procesal constituida por la demanda y contestación a ella, que el proceso y su escrito inicial puedan ser tergiversados por la circunstancia de que un demandado solicite, a manera de otro escrito inicial, la condena de un codemandado, lo que sería absurdo y

contrario al carácter de orden público de la regulación de los procesos civiles, máxime cuando el pronunciamiento absolutorio ha sido consentido por los únicos legitimados para impugnarlo.

Principio de distribución de la carga de la prueba. Interpretación del art. 1214 CC.— La normativa jurisprudencial sobre la carga de la prueba, interpretativa del art. 1214 CC ha declarado en numerosos casos que no se altera por el juez el principio de distribución de la carga de la prueba, si realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, tornándose innecesaria la carga de la prueba respecto de los hechos de la demanda reconocidos expresa o tácitamente por el demandado (SS —entre otras—, de 25 de mayo de 1983 y 19 de diciembre de 1986).

Quando hay en los autos demostración de un hecho o de varios (como ocurre con la acción u omisión y el daño en estos autos) no entra en juego la doctrina del *onus probandi*, supuesto en que no importa quién la haya llevado a los mismos (SS entre otras, de 19 de mayo de 1987).

Responsabilidad por daños: relación de causalidad e imputabilidad. Presunción de inocencia.— Debe responderse por los daños cuya causación era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos; es decir, cuando se trata, como en el caso debatido, de daños previsibles (S de 10 de febrero de 1987). Como ha declarado esta Sala (S de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores), en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, adecuada como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputables a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia, y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar.

Como se ha declarado en constante jurisprudencia (SS entre otras, de 20 de febrero de 1989, 25 de enero de 1991, 7 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993), la presunción de inocencia no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación. (STS de 23 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Habiendo fallecido en accidente laboral Don A.F.A., su esposa, por sí y en nombre de sus cuatro hijos menores de edad, formuló demanda contra la entidad mercantil «YEMESA», sociedad explotadora de la cantera en la que trabajaba el fallecido, y Don E.M.B., director técnico de la explotación, suplicando se dicte sentencia en la que se declare a los demandados solidariamente responsables de los perjuicios causados por el fallecimiento de Don A.F.A.; condenándoles, por tanto, a pagar solidariamente a su esposa, en concepto de indemni-

zación, una cantidad determinada más los intereses legales devengados a partir de la reclamación en Acto de Conciliación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial, en parte confirmando y en parte revocando la sentencia apelada, estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.D.R.)

25. Responsabilidad extracontractual. Caída en restaurante con resultado de lesiones graves. Carga de la prueba.— La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta Sala en el riesgo o peligro de la actividad que desarrolle el agente (SS de 8 de febrero, 4 de junio y 23 de septiembre de 1991 y 20 de enero de 1992). El hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. En el caso de autos, además, la caída del actor al levantarse de la mesa donde cenaba entra en ese círculo de acontecimientos normales y frecuentes de la vida, no se origina necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla, por lo que mal puede imputarse inmediatamente responsabilidad al restaurador. Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado) podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia. Así las cosas, el art. 1902 CC en su interpretación tradicional es el imperante para resolver el litigio, y, en consecuencia, era el actor —hoy recurrido— quien debió probar la culpa del demandado, y no lo ha hecho, excepción de la acusación —sin prueba— de que el suelo estaría con manchas de grasa. (STS de 12 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Don Livio U. demandó a Don José G.P., a Don José Q.R. y a M.N., S.A. solicitando que fueran condenados al pago de una determinada indemnización por los daños y perjuicios físicos, morales y patrimoniales sufridos al levantarse de la mesa del restaurante, propiedad de las personas físicas demandadas, al caerse al suelo. La responsabilidad civil del citado negocio estaba asegurada por la entidad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, condenando a M.N., S.A. al pago de una suma por los daños sufridos por el actor. Prospera el recurso de casación.

NOTA.— Es importante subrayar que el problema de la responsabilidad del dueño del restaurante por los daños sufridos por el cliente se sitúa, en todo caso, en el ámbito extracontractual, es decir, no se plantea en ningún momento su calificación como responsabilidad contractual, basada en el incumplimiento de un deber contractual de protección o de seguridad por el dueño del restaurante, como se ha planteado en el Derecho alemán o en el Derecho francés, con el claro objetivo de evitar la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual. (A.C.S.)

26. Responsabilidad por secuelas de intervención médica: encefalopatía anóxica sucesiva a operación de amigdalectomía: responsabilidad del Insalud.— La omisión de la debida diligencia por parte del organismo recurrente es patente cuando el Establecimiento Sanitario en que ocurrieron los hechos, estaba concertado con aquél, siendo de aplicar la doctrina reiterada de esta Sala que declara la responsabilidad del Insalud cuando el daño sufrido se debió a la actuación de los Servicios Sanitarios concertados, pues no se observaron las precauciones precisas aconsejables, ni se hizo la vigilancia postoperatoria con la inmediatez exigible para la prevención de un evento que aquí aconteció, originándose pérdida de tiempo que, a la postre, influyó definitivamente en la secuela perniciosa que es constitutiva de un daño irreparable hoy día; la responsabilidad del Insalud es directa, no actuando como Administración Pública, sino como empresario privado, causando daños por negligencia de sus empleados, lo que le impone una responsabilidad por actuación directa, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, y otra por hecho ajeno.

Responsabilidad del Centro Médico concertado: responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno.— Hay una doble inculpación del recurrente, por una parte directa pues ha quedado acreditada la «escasez de medios» que obligó al traslado del menor intervenido a otro Centro Médico-quirúrgico, lo que supone la falta de adecuación del Establecimiento del recurrente para esta clase de operaciones en punto a las múltiples y complejas eventualidades orgánicas que puedan surgir, lo que permite encuadrar el hecho dentro de la conducta propia, y no ajena, del dueño del establecimiento; por otro lado hay culpa *in eligendo* al establecer relación de dependencia con los profesionales, también condenados, la cual según doctrina reiterada no es subsidiaria, sino directa, ya que se constituye en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras, y de emplear la debida cautela en la elección de estos dependientes y en la vigilancia de sus actos.

Responsabilidad por las consecuencias del paro respiratorio postoperatorio.— El paro respiratorio no se hubiera producido si se hubiera utilizado otra técnica operatoria, si se hubiera observado con detalle en el *íter* operatorio la existencia eventual de una amígdala atrófica, y, sobre todo, con una vigilancia adecuada inmediata al paciente en su proceso postoperatorio, y en la aplicación también inmediata de los recursos técnicos que hubieran yugulado momentáneamente el paro y evitando el traslado a otra clínica, con esencial pérdida de tiempo. (STS de 6 de octubre de 1994; no ha lugar). (G.G.C.)

27. Culpa extracontractual: doctrina general sobre la responsabilidad médica: responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud.— En el presente caso se ha demostrado que no dio carencia mas ni siquiera insuficiencia de medios, al contrario, el actor fue atendido correctamente con las atenciones precisas en cada momento, pues incluso le trasladaron a otro centro hospitalario, lo que se presenta como conducta positiva de preocupación e interés por

el mejoramiento y recobro de su salud; reiteradamente ha proclamado la jurisprudencia que el contrato médico-hospitalario no es de resultado, sino más bien se refiere a que los médicos procuren con todos los conocimientos y elementos a su alcance, que se logre el restablecimiento de la salud dañado en cada caso concreto, y sólo cuando se constata fallo probado en dichos medios de curación, es cuando surge culpa y las consiguientes responsabilidades; es preciso que se dé culpa incontestable y debidamente probada, que actúe sobre el nexo causal que la relaciona con el resultado dañoso ocasionado; la salud no adquiere seguridad porque se someta a control médico, sino que su evolución presenta, como desgraciadamente ha ocurrido en este caso, situaciones incontroladas, muchas veces difíciles de determinar, y por ello de atajar; los médicos no cuentan en su disponibilidad científica con la facultad y menos el poder de curar con absoluta exactitud y seguridad por lo que no se les puede exigir, pero sí, y con el mayor rigor posible, su diligencia, preparación y atención continuada y en todo momento a los médicos que a ellos se confían; no procede ni aplicar la objetivación de la culpa ni la inversión de la carga de la prueba, sino que corresponde a la parte actora, como necesario deber procesal, demostrar en juicio que concurren los requisitos exigidos en el art. 1902 en su relación con el 1903.

Error de hecho: doctrina general.— La doctrina reiterada de esta Sala es exigente y rigurosa por mandato legal, de la necesidad de poner de manifiesto el concreto error que integra el motivo, que se limita a cuestiones fácticas, y siempre que el error conste de documentos aptos y obrantes en el proceso y no contradichos por otras probanzas; en cambio, el recurrente lo que se ha tenido por debidamente probado y se pretende su sustitución, con subjetiva interpretación del historial clínico y de las desgraciadas vicisitudes que hubo de padecer por su enfermedad y diversas operaciones a que hubo de ser sometido el recurrente; de esta manera la argumentación no se ajusta al art. 1692.4.º LEC, pues se desborda y sobrepasa, tratando en realidad de llevar a cabo una nueva aportación probatoria, lo que no procede al no constituir una tercera instancia. (STS de 10 de octubre de 1994; no ha lugar). (G.G.C.)

28. Culpa extracontractual: Responsabilidad del empresario: daños causados por personal dependiente: incapacidad permanente por atropello con carretilla.— El conductor de la carretilla causante del atropello trabajaba por cuenta y provecho de la recurrente, que era la que le satisfacía el salario, sin que se haya justificado convincentemente la pretendida imposición forzosa de dicho trabajador por la Organización de Trabajadores Portuarios, por lo cual se da la necesaria relación de dependencia que faculta la aplicación del art. 1903, párr. 4.º CC, tratándose de una responsabilidad directa y no subsidiaria, una vez justificada la causación de los daños por las personas que, reuniendo la condición de dependientes de otras, les prestan sus servicios laborales, acatando sus directrices y mandatos, integrándose de esta manera los resultados negativos de los trabajos que ejecutan en dicho hacer, el que tiene como destinatario y beneficiario la empresa o persona principal y titular en cada supuesto concreto.

Responsabilidad por riesgo: estiba «a ciegas».— La sentencia recurrida pone de relieve con gran acierto del juzgador, el riesgo creado con la manipulación de la carretilla que causó el accidente y resultaba patentizado y previsible en sus efectos dañosos, toda vez que el conductor manejaba la máquina carente de toda visibilidad, en un lugar concurrido como suele ser un puerto comercial, realizando una maniobra de estiba «a ciegas», sin el control ni ayuda de operario; el riesgo se presenta decididamente concurrente, en línea de cuasi-objetividad, habiendo sido asumido en forma voluntaria o con precipitación, sin que se haya probado en forma satisfactoria que concurrió toda diligencia y cuidados a fin de eludir el siniestro.

Concurrencia de culpas.— El Tribunal de Apelación apreció conducta culposa concurrente del lesionado, lo que se tradujo en la moderación de la indemnización que le fue otorgada, cuyo importe ha quedado firme al no haber sido recurrido.

Prescripción: *dies quo*: notificación de sentencia penal absolutoria: doctrina general.— Si bien el accidente ocurrió el 12 de marzo de 1986, y por tanto el actor lo conoció en tal época, el art. 1968-2.º CC que se denuncia como infringido contiene una fórmula especial, que no es la genérica del art. 1969, en cuanto establece que la acción para exigir la responsabilidad civil del art. 1902, cuenta desde el día que pudo ejercitarse, lo que significa que se requiere, no sólo conocimiento del suceso, sino de su alcance, trascendencia y efectos; en el caso de autos precedió juicio de faltas en que recayó sentencia de 26 de abril de 1988, la que si bien era firme, en cuanto a que no procedía recurso ordinario contra la misma, no se notificó al interesado hasta el 2 de agosto de dicho año, y es entonces cuando se cumple la exigencia del art. 1969-2.º CC, pues el acto de la notificación resulta obligatorio (art. 160 LECRIM, en relación con el art. 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952); mediante el mismo el interesado recibe y conoce la resolución íntegra correspondiente, al hacérsele entrega de copia literal firmada por el Secretario (art. 262 LEC), con lo que de esta manera encuentra expedita, en la forma más depurada y cierta para sus posibles derechos, el ejercicio de la vía civil a fin de postular las responsabilidades extracontractuales derivadas, lo que se supedita a que finalicen las actuaciones penales, conforme a los arts. 111 y 114 LECRIM. Dada la preferencia del orden penal que señala el art. 44 LOPJ, permaneciendo en tanto viva la acción de condición civil; la exigencia de la notificación de la sentencia penal resulta ineludible a la vista del art. 270 LOPJ, ya que dicha resolución pone fin al juicio de faltas y faculta para decretar su archivo, por lo que el perjudicado, en tanto no se le notifique la misma, no conoce en forma debida el desenlace del proceso, sus efectos y consecuencias para concretar el contenido y alcance de la acción privada, con las debidas garantías de la efectividad de su derecho ante la jurisdicción civil, y ello con independencia de que tenga noticia anticipada del resultado del fallo, que no es lo mismo que tener cabal conocimiento del mismo y de los antecedentes fácticos y jurídicos que lo conforman. (STS de 28 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Destaca en la precedente S. (Pte. Villagómez Rodil) que frente a un contenido económico de escasa relevancia (se habían pedido 21 millones de pts. por una incapacidad permanente, rebajados drásticamente en primera instancia a millón y medio, y en apelación se duplica la cuantía, sin que recurriera el perjudicado) la cuidada resolución del TS trata de perfilar el supuesto de hecho encuadrándolo en la responsabilidad por riesgo (puede decirse que lo es siempre «estibar a ciegas»), así como recordar la doctrina general sobre el *dies a quo* cuando precede sentencia penal. Frente a la acumulación de argumentos defensivos del recurrente, se recuerda con nitidez el fundamento y requisitos de la responsabilidad extracontractual del empresario, que es directa, y no subsidiaria. De haberse probado que el obrero causante del accidente hubiera sido impuesto por la Organización de Trabajadores Portuarios, ello supondría «la concurrencia de conductas que rebasarían el ámbito propio de la jurisdicción civil». Por tanto, sentencia «docta» con finalidad pedagógica, sólo ensombrecida por el retraso de ocho años en resolverse en casación, en cuantía que difícilmente puede satisfacer a la víctima. (G.G.C.)

29. Accidente en montacargas: responsabilidad del propietario que contrata servicios de mantenimiento: art. 1907.— El propietario del edificio en que está instalado el montacargas, en cumplimiento de la Orden de 19 de diciembre de 1985, contrató con una empresa de mantenimiento y conservación, el cuidado del montacargas, por lo cual quedó relevado de su responsabilidad, pues no consta que fuera advertido en ningún momento por los técnicos de la empresa deficiencias o anomalías que precisaran reparación y mucho menos cabe extender la reparación a la empresa aseguradora de aquél.

Responsabilidad de la empresa de mantenimiento: inexistencia de caso fortuito.— Aunque no haya prueba directa de la situación del montacargas, antes del accidente, por haber sido reparado inmediatamente después de haber ocurrido aquél, el defectuoso estado del cable de sujeción lo tiene por probado la sentencia recurrida con fundamento en inferencias lógicas, a partir de datos ciertos y tomando en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba y su inversión en supuestos como el contemplado; no constan entre los hechos probados ninguno que permita establecer las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad que exige el *casus*, tal como lo reitera una continuada trayectoria jurisprudencial que termina relacionando estas notas con el llamado modelo de conducta referencial (S. de 5 de noviembre de 1993) y, en el asunto que se decide, aparece que el arreglo posterior al accidente manifiesta una opción técnica que pudo y debió preverse con antelación, precisamente por la capacitación profesional presumible en los encargados del mantenimiento y conservación en estado de buen funcionamiento del montacargas. (STS de 4 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Los hechos probados se reflejan en el primero de los FD, del que deriva: 1.º La propietaria del montacargas concertó con Z.O.S.A. el mantenimiento del mismo, contrato que comprendía, entre otros extremos, la revisión y comprobación cada 30 días de la instalación; 2.º Z.O.S.A. revisaba mensualmente el montacargas, el cual había funcionado sin problemas hasta la producción del siniestro; 3.º El montacargas en cuestión es un modelo antiguo, habiendo sido sustituida, tras la producción del accidente, la hoja de la puerta por otra más liviana de aluminio; 4.º El supuesto originador de las lesiones se produjo al romperse el cable de suspensión que une una pesa y la hoja de la puerta superior, en el preciso instante en que la víctima se disponía a cargar la mercancía en el montacargas; 5.º La propietaria cumplió lo dispuesto en la Orden de 19 de diciembre de 1985 que contiene el Reglamento de aparatos elevadores y manutención de los mismos; 6.º Aunque no se describen las lesiones sufridas, parece evidente que sus secuelas son de consideración pues se reclamó una indemnización de más de 58 millones de pts. si bien se concedieron sólo 23 millones.

La demanda se dirigió conjuntamente contra el propietario del montacargas y su Compañía aseguradora, la empresa de mantenimiento y el empleado encargado de la revisión junto con su aseguradora, y fue desestimada íntegramente por el JPI, pero la AP de Bilbao en apelación la estimó parcialmente contra la empresa de mantenimiento, su empleado y la aseguradora, reduciendo significativamente la cuantía. El TS (Pte. Almagro Nosete) rechaza el recurso con base en la S extractada.

Estamos en presencia, sin duda, de uno de los *sectores sensibles* en los que el TS corrige el mero principio culpabilístico dado que nuestro parque de ascensores y montacargas envejece rápidamente. Por ello el FD 3.º subraya con acierto que en el caso se aplica la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, la responsabilidad de la empresa de mantenimiento es de naturaleza claramente contractual pues la existencia del mencionado contrato viene a ser clave en la resolución del caso, tanto para fundamentar la condena como para excluir la responsabilidad del propietario; como se sabe, en materia de responsabilidad *ex contractu* la inversión de la carga de la prueba es la norma general que resulta de aplicar el art. 1214 CC.

Puede sorprender algo que en este caso se insiste en el cumplimiento de las normas administrativas por parte del propietario para excluir su responsabilidad, mientras que también es reiterada la doctrina jurisprudencial de que el mero cumplimiento de disposiciones administrativas no elimina la responsabilidad. Quizá se trate aquí de normas bastante recientes dictadas conforme a reglas de carácter técnico modernizado.

En cuanto a la no apreciación del caso fortuito, que es plenamente de aprobar, cabe observar que la S. de 5 de noviembre de 1993 en la que se invoca la denominada «conducta referencial» tiene escasa analogía con el presente caso, pues se trataba de un arrendamiento de fincas rús-

ticas en el que frente a la petición de resolución del contrato se oponía por los arrendatarios el hecho de la pertinaz sequía que justificaba una reducción de la renta debida. Con todo la «conducta referencial» puede invocarse dado que la empresa de mantenimiento, en vez de intentar probar el estado del montacargas al tiempo de producirse el siniestro, se apresuró a introducir reformas en la puerta. Quizá lo más llamativo de la presente S. sea la clara y contundente exoneración del propietario del montacargas con base en la concertación del contrato de mantenimiento referido; en tal sentido el FD 5.º excluye la aplicación del art. 1907. Ciertamente la aplicación de esta norma requeriría algún esfuerzo de adaptación ya que el accidente del montacargas tendría que calificarse de «ruina parcial». Por otra parte, el marco en que se encuadra dicho precepto no aparece bien definido, lo que explica las divergencias doctrinales en su interpretación, aunque parece razonable calificarlo de un caso de responsabilidad por culpa (así De Ángel Yáguez, *Comentario Ministerio Justicia*, II, p. 2044). La dificultad sube de punto si consideramos la conexión de los arts. 1907 y 1909 con el 1591. Obsérvese, por último, que la exoneración se condiciona a que la empresa de mantenimiento no comunicara al propietario la necesidad de hacer reparaciones o, en su caso, la de sustituir el montacargas —que la S. se cuida de resaltar es un modelo antiguo—. Pero nada de esto se prueba en este caso.

La responsabilidad de la empresa de mantenimiento se basa en el mal estado del montacargas al tiempo del accidente y, en particular, el defectuoso estado del cable de sujeción, respecto de lo cual no hay prueba directa sino inferencias lógicas a partir de datos ciertos (vetustez del aparato). Doctrina jurisprudencial que hará reflexionar a las empresas de mantenimiento sobre su actuación en el futuro. (G.G.C.)

30. Error judicial.— Este error ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, sin que tal error pueda derivar de casos como el contemplado, donde, a juicio de la recurrente, el Tribunal no debió acoger la excepción de cosa juzgada, cuando venía obligado a ello, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicandi*, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otra forma, como declaró la sentencia de 13 de abril de 1988, se establecería una

nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica; o como dice la sentencia de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos y otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización (Sentencia de 22 de julio de 1989). (STS de 15 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El proceso especial dirigido contra el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado por error judicial lo insta la parte actora en su demanda, con la súplica de que se declare el error judicial en que ha caído la S de 21 de julio de 1992 de la sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, recurrida en el recurso de apelación núm. 402/91, contra la sentencia de fecha de 20 de septiembre de 1990, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Collado Villalba, todo ello como trámite previo a presentar reclamación de daños y perjuicios a cargo del Estado. El Tribunal Supremo declara la inexistencia de error judicial. (A. C. S.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO, REGISTRAL

31. Liquidación del estado posesorio.— El art. 451 CC sólo dice en su párrafo 1.º que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, no que a partir de esta interrupción sea un poseedor de mala fe. Cierto que el Código civil no regula específicamente la cuestión del trato que debe recibir en la liquidación del estado posesorio cuando es vencido en el juicio, pero debe deducirse de la premisa de que no es un poseedor de mala fe y, por tanto, no debe recibir el tratamiento del art. 455, salvo, naturalmente, que la sentencia que le condene a restituir la posesión lo considere como tal por otras causas distintas de la mera interrupción legal de la posesión por demanda (art. 1945 CC). No puede ser valorado por el mismo rasero el que se defiende procesalmente de una demanda que cree injustificada y el que retiene indebidamente una posesión que sabe que no le corresponde, y mucho más, como en este caso, en que la Audiencia cree en la buena fe del poseedor de un modo expreso hasta el momento del emplazamiento para contestar a la demanda.

Obligación de restituir únicamente los frutos percibidos durante la sustanciación del pleito.— De aquella premisa y del art. 451, párrafo 1.º, se obtiene que debe restituir únicamente los frutos percibidos durante la sustanciación del pleito, no los que el actor victorioso pudiera haber percibido (a los que se refiere el art. 455), habida cuenta, además, de que ne puede de-

ducirse la mala fe por el hecho de dictarse una sentencia que pone fin al estado posesorio (sentencia de 28 de febrero de 1968). Si se tratase a un poseedor que es demandado y pierde el pleito como un poseedor de mala fe, se establecería una coacción inadmisibles de naturaleza psíquica en el ejercicio de los derechos de que se crea asistido. Sólo podrá ser conceptualizado como poseedor de mala fe cuando la sentencia en su contra así lo declare, o que ha litigado temerariamente, conociendo el vicio de su posesión.

Concreción de lo que el poseedor vencido ha de entregar cuando de su posesión no se ha obtenido ningún fruto en sentido técnico-jurídico, sino que se ha limitado a seguir gozando del local litigioso.— La equivalencia más clara a la situación prevista legalmente en el art. 451, párrafo 1.º, es la del abono de la renta media de un local en la localidad donde se encuentra el litigioso, que es en realidad el ahorro obtenido por el poseedor; su patrimonio se ha enriquecido al evitarse la salida de la contraprestación del goce. (STS de 12 de diciembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Doña Natalia M.C. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a su hermano Don Luis, alegando que poseía en precario, por tolerancia suya, el local sito en el edificio descrito, y que no había atendido al requerimiento para el desalojo que le practicó notarialmente. Solicitaba que el demandado fuese declarado poseedor de mala fe del local desde el 17 de enero de 1988, que fuese condenado a dejarlo libre y expedito a disposición de la actora y al abono de los frutos percibidos desde aquella fecha, con condena en costas. El demandado se opuso a la demanda, alegando su derecho sobre el local.

El Juzgado estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente, en el sentido de condenar al demandado a entregar los frutos civiles devengados desde el 5 de septiembre de 1989 con arreglo a las bases que fijaba y de declararlo poseedor de mala fe desde la calendada fecha. Prospera el recurso de casación interpuesto por Don Luis. (A.C.S.)

32. Ejercicio de acciones dominicales.— Al ser uno de los requisitos esenciales para el éxito de toda acción dominical (sea la meramente declarativa de dominio, sea la reivindicatoria) el de la plena identificación del bien cuya titularidad dominical se reclama, difícilmente puede prosperar una acción de dicha naturaleza, como la aquí ejercitada, cuando no aparece probada dicha identificación ya que ha de partirse de la declaración fáctica, efectuada por la sentencia recurrida en el sentido de que no está probada la identificación del terreno, que la entidad demandante simplemente identifica bajo la denominación de *Campo de Golf*, sin expresión siquiera de los linderos del mismo.

Usucapión de bienes inmuebles. Requisitos.— Otro de los requisitos que condicionan inexcusablemente la virtualidad de la prescripción adquisitiva ordinaria es el justo, título (art. 1940 CC) que, además, conforme al art. 1594 del mismo Cuerpo legal, ha de ser probado (no se presume nunca), requisito que tampoco concurre en el presente caso y como así lo viene a reconocer la propia entidad recurrente, que no sólo no ha aportado al proceso título alguno que pueda servir de base a esa pretendida usucapión ordinaria, sino que ni siquiera ha insinuado de qué naturaleza, (desde el punto de vista material o sustantivo) sea ese supuesto e inexistente título adquisitivo (compraventa, donación, etc).

El hecho de que la entidad recurrente, como se dice, se venga considerando desde 1976, propietaria de ese inidentificado terreno, no puede tenerse por suficiente para determinar, por sí solo, el trascendente efecto de la adquisición por usucapión (ni ordinaria ni extraordinaria) ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador, cuya prueba tampoco se ha producido en este supuesto litigioso, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse. (STS de 18 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— La entidad mercantil «Laguna Club de Campo S.A.» formuló contra la también mercantil «Pan Europea de Construcciones S.A.» demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Madrid, la propiedad de un terreno, demanda que fue desestimada. La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 11 de junio de 1991 desestimando el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

33. Documento privado: su valor probatorio.— La falta de adverbación en el proceso de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate, ponderación llevada a cabo en la sentencia recurrida a través de una conjunta apreciación de los demás medios de prueba aportados a los autos. Por otra parte, es reiterada y notoria doctrina jurisprudencial la que no tienen el carácter de documentos para servir de base al objeto de evidenciar error en la apreciación de la prueba los que ya han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala sentenciadora de instancia, así como tampoco los documentos básicos del pleito, en cuya exacta interpretación y valoración descansa la resolución que haya de corresponder a la cuestión debatida.

Valor de la presunción contenida en el art. 38 LH.— La presunción establecida por el art. 38 LH, a favor del titular inscrito, con la consiguiente facultad de reivindicar que otorga al propietario el art. 348 CC, tiene la naturaleza de una presunción *iuris tantum* que, por tanto, cede ante la prueba de la

inexactitud de la titularidad que el Registro proclama, inexactitud que, en el presente caso, ha quedado patentizada en autos al haber quedado probada la posesión de la misma por el demandado-recurrido en virtud de justo título de dominio desde el año 1972, sin que tal declaración de hecho haya sido desvirtuada en este recurso.

Acción reivindicatoria: identificación de la finca.— La identificación de la finca objeto de reivindicación tiene la consideración de requisito esencial para el ejercicio de la correspondiente acción, ya que la falta de identificación del objeto reivindicado impediría por sí sola, la viabilidad de la reivindicación pretendida. Además, hay que tener en cuenta que la identificación no se logra con la expresión que figura en el título presentado en la demanda, *ni con la descripción registral*, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión, siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se deriven del art. 348 CC. (STS de 8 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don J.N.R. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de los de Valencia contra Don J.G.C. sobre reivindicación de una finca. La Audiencia Provincial de Valencia declaró no haber lugar al recurso. El TS desestimó el recurso. (A.J.C.)

34. Fe pública registral.- Adquisición de finca litigiosa.- Requisitos para la aplicación del art. 34 LH.— La cuestión estriba en determinar si los recurrentes, en relación con la adquisición de la finca litigiosa a través de subasta celebrada en procedimiento administrativo de apremio y luego declarada nula dicha subasta por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de junio de 1987, tiene la condición de terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral. Para la solución de tan trascendental extremo ha de partirse de que los requisitos que el art. 34 LH exige para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario (adquisición del dominio o algún derecho real sobre bienes inmuebles, de buena fe y a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, e inscripción de dicho derecho a favor del adquirente), el primero de ellos ha sido concretado y puntualizado por reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser necesariamente válido. Así, la sentencia de 23 de mayo de 1989 declara que si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo, o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición de tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero. Asimismo, la sentencia de 17 de octubre de 1989 proclama que *el art. 34 Ley Hipotecaria sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio.*

Por otra parte, si el acto determinante de la adquisición de la finca litigiosa fue la subasta celebrada en un procedimiento administrativo, que fue declarado nulo y sin efecto, es evidente que no puede mantenerse subsistente la aparente adquisición producida a través de esa subasta declarada nula (*quod nullum est, nullum producit effectum*), cual pretendían los recurrentes, ni entender que el hecho de producirse la impugnación del procedimiento administrativo por el deudor-apremiado con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública, supone en modo alguno la ratificación de ésta por áquel. (STS de 24 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don M.P.R. y Don B.B.C. formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Córdoba, contra Doña M.G-M.R. y otros sobre declaración de derechos y otros extremos, solicitando se declarase la validez de una transmisión que tenía su causa en una subasta declarada nula por el TS. El Magistrado-Juez de 1.ª Instancia estimó la demanda. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación presentado. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

35. Propiedad horizontal. Régimen aplicable.— Nos encontramos ante un supuesto de propiedad horizontal, al que los aplicables son el art. 396 CC y las normas reguladoras de dicho instituto que se contienen en la Ley 49/1960, de 21 de julio, en cuyo sistema de fuentes, el CC, por aplicación de lo dispuesto en su art. 13.2 tiene carácter suplementario del que regule el instituto en cuestión, que para la propiedad horizontal será, cual se ha indicado en alguna ocasión por esta Sala, el art. 396 CC a título de regla general, la Ley 49/1960 y la voluntad de los interesados manifestada en debida forma — arts. 5-III y 16, primera y segunda de la misma—, siempre que no contradiga los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, por ser su normativa de derecho minuscuamperfectamente necesario, cual la doctrina de esta Sala ha declarado también con reiteración.

Desafectación de la calificación comunitaria.— La posibilidad de que un elemento en principio común pueda ser desafectado de tal calificación comunitaria convirtiéndose en privado, puede operarse en la Ley de Propiedad Horizontal de dos formas: la que pudiera denominarse inicial o atributiva *ab initio*, que surge cuando así se ha constatado en el título constitutivo dando lugar a lo que en realidad y con un sentido técnico puede calificarse de «reserva de titularidad», y la *a posteriori*, que se opera a virtud de acuerdo adoptado después de constituido dicho régimen de la propiedad por acuerdo unánime (art. 16, primera de la Ley de Propiedad Horizontal), dando lugar a la técnicamente auténtica desafectación, manifestación una y otra que cuentan en su favor con el apoyo de la doctrina científica y una abundantísima doctrina jurisprudencial, siendo igualmente de mencionar en orden al mantenimiento de tal tesis resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Obras en elemento privativo.— Aun cuando hayan sido realizadas las obras en un elemento privativo y consiguientemente el propietario del inmueble esté en principio facultado para ello, evidente es que conforme al art. 7.1. LPH ha de evitar que con ellas se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios. (STS de 22 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Eulogio S.B. formuló ante el Juzgado demanda sobre obras incontestadas en edificio para terminar suplicando que se condene a los demandados a demoler las obras realizadas que afecten a elementos comunes, restituyendo todo lo modificado a su estado primitivo al no existir consentimiento para su realización y haberse vulnerado los preceptos del Código civil y de la Ley de Propiedad Horizontal, poniendo en peligro la seguridad de la edificación y perjudicando los derechos de otros copropietarios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

5. DERECHO DE FAMILIA

36. Causas de separación matrimonial: condena en juicio de faltas por malos tratos: recurso en interés de la Ley.— Si bien el texto del n.º 1.º del art. 82 CC condiciona la causa de separación, cuando se basa en la conducta del cónyuge que viole «los deberes conyugales» en general, a que la misma sea reiterada, esta exigencia figura en alternativa con la de la gravedad del proceder ofensivo de cualquiera de los esposos, supuesto éste que es contemplado por el legislador, junto al de aquella conducta reiterada, para fundar la causa de separación literalmente consistente «en la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»; de suerte que es patente la violación del deber de respeto que el art. 67 señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva que, más allá de un vulgar incidente de la vida matrimonial, merezca el calificativo de seriamente desconsiderada para con el cónyuge que la sufre, y no ofrece duda de que, tal proceder, manifiesto en la violencia de la agresión física —que en el caso presente tuvo incluso relevancia penal— configura la grave violación del deber de respeto para con el cónyuge que la padece, cuya vejación, por sí sola, ya es reputada por el mismo precepto como causa de separación.

Basta una violación grave del deber de respeto para conceder la separación: nuevos criterios hermenéuticos derivados de la realidad social.— Los Tribunales han de proclamar que una sola violación grave del deber de respeto es causa de separación, superando, si es menester, criterios de tolerancia pasados sobre la interpretación del Código, que no son de tener en consideración ante la realidad presente, a la que la interpretación de la ley ha de

acomodarse (art. 3.º CC), que considera a la persona inseparable de su dignidad, elevándola, el art. 1.º CE a fundamento del orden político y de la paz social; normativa constitucional que a la vez acentúa la protección de este sentimiento de dignidad incluyéndolo en los derechos fundamentales protegidos por su art. 15, sin que, en la misma dirección, sea ociosa la cita de la S. del Tribunal de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1982, que rechaza toda conducta que conlleve cualquier forma de degradación o humillación, en todo caso presente en el maltrato de la persona. (STS de 21 de octubre de 1994; ha lugar el recurso en interés de la ley).

NOTA.— Varias circunstancias llaman la atención en este recurso en interés de la ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y resuelto por una Sala reforzada (cinco Magistrados) del TS. En primer lugar, su rareza, sobre todo en materia de divorcio en donde se ha cerrado el paso a la casación interpuesta por las partes. En segundo lugar, el tono enérgico que envuelve un carácter admonitorio para las jurisdicciones inferiores (en el caso, la demanda de separación se rechazó en ambas instancias), y el recuerdo de unos principios constitucionales cuya vigencia nadie debe poner en duda.

Una condena del marido, en juicio de faltas por malos tratos, a quince días de arresto menor, me parecen, en principio, hechos de suficiente gravedad para que la mujer solicite la separación. Sobre el tema escribí al poco de promulgada la reforma: «Parece que la conducta vejatoria hay que considerarla equivalente a los malos tratamientos de obra, anteriormente tipificados por la ley como causa de separación; son hechos que perturban la pacífica convivencia de los cónyuges y afectan directamente al deber general de respeto a la persona y a su integridad física; se integran aquí tanto los graves atentados a la vida y a la integridad corporal del otro cónyuge como las lesiones y malos tratos penalmente constitutivos de faltas; el Juez deberá valorar las circunstancias en que se produjeron, el medio social y el grado de cultura de los cónyuges». (Comentarios Albaladejo, II, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 276 s.). Pero lo que esta S. del TS replantea es el valor de la jurisprudencia anterior que, de modo genérico la doctrina ha considerado subsistente (así Luna Serrano, en Lacruz, *Elementos*. IV-1.º, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 185); en particular, la doctrina de la S. de 28 de febrero de 1963 al declarar que no basta un simple acto de maltrato de obra, sino que ha de ser reiterado, para constituir causa de separación. Ahora habrá que entender un sólo acto de maltrato de carácter grave permitirá aquella, con lo cual el problema se traslada a la apreciación que el Tribunal haga de los hechos; ¿habrá que entender que un sólo acto leve es inoperante a estos efectos?

Marginalmente ¿puede verse en esta S. una protesta encubierta de la Sala 1.ª por verse privada, de hecho o de derecho, de conocer las causas matrimoniales? Curiosamente, en dos pasajes del FD 2.º se alude equivocadamente al *divorcio* en lugar de a la *separación* (¿reliquia, acaso, de la normativa anterior a 1958 que identificaba ambos casos?). (G.G.C.)

37. Separación matrimonial: convenio regulador aprobado judicialmente: derecho a la vivienda familiar concedido a la esposa e hijos: marido nudo propietario: herencia indivisa: desahucio promovido por dos de los doce nudo propietarios: improcedencia.— La atribución de uso y disfrute de la vivienda que en el Convenio regulador llevó a cabo el esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia del padre se encontraba en estado de indivisión; de esta manera realizó un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio, en favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior a la separación, por la concesión y consentimiento del causante y padre, como propietario del mismo, y posteriormente por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (art. 394 CC), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar, hasta que promovieron este pleito de desahucio dos de los doce hijos del causante, los que actúan, no en forma decididamente clara para la comunidad, sino en defensa exclusiva de sus derechos a la nuda propiedad, lo que no procede y así lo estimó la sentencia recurrida.

Derecho de la esposa atributaria de la vivienda: no es situación de precario.— La recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio regulador, y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma la sentencia matrimonial de separación, y excluye darse una situación subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia.

Eficacia frente a terceros: derechos de la usufructuaria universal que aceptó el usufructo en fecha posterior: muerte de la usufructuaria pendiente el recurso.— El acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al art. 1280 CC y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (art. 1227), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior; la sentencia que se ataca otorga preferencia al derecho de la usufructuaria frente al de la esposa atributaria de la vivienda, pero habiendo fallecido aquella en trámite casacional, aquella sentencia carece de toda eficacia y posibilidad de ejecución y sólo opera en cuanto consolida la nuda propiedad de los herederos testamentarios, por lo que en la presente cuestión no puede dejarse de lado al examinar el motivo quinto del recurso, así como por razones de economía procesal.

Alcance de la protección constitucional de la vivienda familiar.— No parece dudoso que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96 párr. último CC, y, en todo caso, constituye y conforma título apto y suficiente que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos menores del matrimonio, conforme al art. 96 CC y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con el progenitor en cuanto éste es copropietario del piso; así su protección general ha alcanzado rango constitucional por el art. 39 párr. 1.º y 2.º CE; conviene tener en cuenta que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues, sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar, aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuando los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda.

Abuso de derecho.— En la demanda de desahucio por precario interpuesta contra la esposa atributaria de la vivienda familiar, con los hijos del matrimonio, es posible ver una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o algunos de sus integrantes, con clara conculcación del art. 7 CC. (STS de 18 de octubre de 1994; ha lugar).

NOTA.— Notable S. (Pte. Villagómez Rodil) sobre una cuestión abierta de singular importancia práctica dado el crecimiento de la divorcialidad, en la que se hace un estudio singular y pormenorizado del caso concreto, cuya singularidad impide una fácil generalización de la doctrina sentada. El drama humano era claro pues la S. de la AP había preferido el derecho de la usufructuaria universal al de la atributaria de la vivienda con sus hijos, que se veían así abocados al desalojo. Pero el material probatorio ha permitido al Ponente reconstruir la historia. La adquisición de la vivienda en cuestión se hizo por el abuelo, quien agregó el piso a otro inmueble de su propiedad. A modo de inciso se había pretendido por la recurrente que el piso carecía de existencia jurídica al no estar inscrito, lo que obviamente rechaza la S. que añade aunque sea «edificación al margen de la normativa urbanística». El matrimonio de la recurrente se celebró en 1971, pasando a ocupar la vivienda discutida, por supuesto sin abonar renta, aunque con conocimiento y, hay que suponer, aprobación de toda la familia. El matrimonio se separa en 1987 aprobándose el Convenio regulador en el que se dispone que la esposa y los tres hijos continuarán en el uso de la vivienda conyugal y del ajuar existente, situación que debe suponerse igualmente conocida por todos

los familiares. La herencia del abuelo permanece en situación de indivisión, y sólo en 1988, casi diez años después del fallecimiento, la abuela, nombrada usufructuaria universal aceptó el legado. Se destaca en la S. que, en la fecha de la aceptación, la situación de ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos, se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios. La demanda se interpone por la abuela y únicamente dos de los hijos y pendiente el recurso de casación, fallece la usufructuaria universal. En primera instancia la demanda fue desestimada, pero en apelación se estimó el derecho de la usufructuaria, desestimándose el de los hijos nudo propietarios.

El caso planteado es uno de los más sencillos en su planteamiento pues la vivienda pertenece, primero en nuda propiedad, y luego en el devenir del proceso, en plena propiedad, al cónyuge no destinatario de la misma. Me parece acertada la calificación de este derecho de uso de la vivienda, como derecho real familiar, que probablemente puede enmarcarse entre los de habitación, aunque no vitalicio sino temporal (como tuve ocasión de calificarlo en *Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español*, en el vol. *Hogar y Ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, p. 83, y *Comentarios Albaladejo*, II, 2.ª ed. p. 411; postura a la que parece adherirse Luna Serrano, en Lacruz, *Elementos*, IV-1.º, 3.ª ed. p. 245). Parece también que tal derecho constituye una carga legal del usufructo universal, que fue aceptado por la abuela con posterioridad al nacimiento de aquél. Conclusión que la S. no formula expresamente, amparándose en el hecho posterior a la demanda del fallecimiento de la usufructuaria, con los efectos que en la misma se indican, pero que cabe inferir de su argumentación.

Conforme asimismo con el entronque constitucional de la protección legal de la vivienda familiar, así como con la calificación de abuso de derecho, que también se invocó en un caso similar resuelto por la S. de 2 de diciembre de 1992 (supuesto calificado de comodato). (G.G.C.)

38. Uniones de hecho. Inaplicación de las normas de la sociedad de gananciales.— La protección social y jurídica de la familia a que se refiere el art. 39.1 de la Constitución, no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho como reiteradamente ha dicho esta Sala en sentencias como por ejemplo de 18 de febrero de 1993 y el Tribunal Constitucional (Sentencia de 19 de noviembre de 1990), aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime la de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía, para lo cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da (*vid.* STS de 22 de julio de 1993). (STS de 20 de octubre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La sentencia recurrida parte de que las uniones de hecho no tienen el carácter de uniones conyugales, no quedan por ello equiparadas legalmente al matrimonio y por este motivo desestima la demanda en la que insta la mujer, tras la finalización de la unión de hecho, que se le atribuya el uso del domicilio en que convivieron y se le conceda una pensión mensual de 70.000 pesetas por cargas familiares, en la que no entran las relativas a los hijos habidos por ser todos mayores y ajenos al presente litigio. (A.C.S.)

39. Uniones de hecho. Inaplicación de los regímenes económico matrimoniales del Código civil.— Es reiterada y constante jurisprudencia en materia de uniones de hecho (SS. de 21 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y 27 de mayo de 1994), que no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aún reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (S. de 19 de noviembre de 1990).

Y tal razonamiento es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes en tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a misma.

Naturaleza jurídica, efectos legales y normativa aplicable a las uniones no matrimoniales.— La decisión personal, libremente tomada, de unirse prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, ha dado origen a una institución substancialmente distinta, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

En los supuestos que produzcan consecuencias económicas habrá que procurar adecuada y justa solución, bien por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, cuando se acredite que hubo *afectio societatis*, bien aplicando el principio del enriquecimiento injusto, cuando se acredite el incremento patrimonial de una parte por el esfuerzo de la otra, etc. (STS de 24 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Habiendo sido parte en una unión de pareja que, como afirma la sentencia de la Audiencia, «produjo una comunidad de vida, heterosexual, monogámica, estable y duradera, puesto que alcanzó a catorce años», entre personas que pudieron contraer matrimonio, la actora, formuló demanda contra Don E.A.D., alegando dicha convivencia, que tuvo como fruto dos hijos, y la creación por la pareja de una unidad económica constituida por el esfuerzo común de ambos, aunque la titularidad de los bienes la ostente el demandado, y suplica se dicte sentencia por la que se declare que el patrimonio adquirido por las partes en su período de convivencia, desde el año 1972 hasta finales de 1986, se debe dividir por mitad y adjudicarse a cada uno de ellos una de las dos

mitades resultante, se proceda, en consecuencia, a la liquidación del patrimonio, y que con carácter subsidiario se condene al demandado a pagar a la actora una indemnización determinada.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y, a su vez, parcialmente la demanda, condenando al demandado al abono de una menor compensación económica. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, anulando tanto la sentencia recurrida como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (R.D.R.)

40. Capitulaciones matrimoniales.— Es de cargo de la sociedad de gananciales las consecuencias de la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, respondiendo sus bienes del ejercicio ordinario de la profesión. De todo ello, y de lo dispuesto en los arts. 1362,4.º, 1401 y 1402 CC, resulta que, más que solidaridad de obligación frente a terceros en contra de los esposos, hay una *vinculación real* de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico. Así, los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, y aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales. Y en los arts. 1401 y 1402 citados se garantiza la conservación de los créditos de terceros por las deudas de la sociedad también contra el cónyuge no deudor, por los bienes que le han sido adjudicados, *pues antes es pagar que partir* (sentencia de 13 de junio de 1986).

Pero es que sobre todo el carácter de deuda solidaria del matrimonio se deduce de la regulación de la sociedad de gananciales en el Código civil y de su responsabilidad por las deudas que cualquiera de los cónyuges contrae. Así el art. 1317 señala que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio *no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*. Como ocurriría en este caso a virtud de la escritura de capitulaciones en su aspecto de la adjudicación de los bienes inmuebles del matrimonio a la esposa quedando el esposo en situación de no poder pagar la deuda contraída con el vendedor del motor marino litigioso.

Se trata de evitar, sin decretar la nulidad de las capitulaciones, el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de éstas, que pierden su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en juicio previo, cuando del conjunto de la prueba se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes de otro modo no pueden cobrar lo que se les debe.

Litisconsorcio pasivo necesario.— No es admisible la excepción del consorcio pasivo necesario en cuanto que el comprador del motor no ha sido demandado porque la acción se basa en obtener la ineficacia parcial de unas capitulaciones matrimoniales y de unos asientos registrales en los que no ha intervenido el citado comprador, que para nada influyó en dichas capitulacio-

nes y contra el que la sentencia ahora recaída no causa excepción de cosa juzgada. (STS de 13 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— El B. de A., S.A. y otro presentaron demanda contra Don F.G.C. y esposa en el Juzgado de Primera Instancia de Ayamonte solicitando la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los demandados, en consideración que se había celebrado en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

41. Acción de reclamación de filiación.— La doctrina jurisprudencial declara que la acción de reclamación de filiación se rige por los arts. 129 y 133 CC y permite la impugnación de la filiación contradictoria (art. 134-1.º CC) sin que sea aplicable el plazo señalado en el art. 137 en casos como el presente.

Negativa a someterse a la prueba biológica.— La doctrina jurisprudencial entiende que la negativa a someterse a la prueba biológica, aún no constituyendo *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y que es un dato de gran valor cuando ya unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (Sentencia de 28 de abril de 1993, con cita de otras anteriores), a lo que debe añadirse que, en lo relativo al derecho constitucional a la intimidad e integridad física, que invoca el recurrente, bastará recordar que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (Sentencia 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 (Sentencia de 26 de enero de 1993) y la doctrina antes expuesta sobre las consecuencias de la negativa a someterse a pruebas biológicas en absoluto conduce a la violación alguna de los derechos del recurrente, pues tales pruebas 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 (Sentencia de 18 de mayo de 1994). (STS de 16 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora formuló demanda en la cual solicita que se dicte sentencia en la que se declare que el menor, inscrito en el Registro Civil como hijo del Sr. L.R., lo es, en unión extramatrimonial, del Sr. T.B., así como a condenar en costas a los demandados.

El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

42. Paternidad. Negativa a someterse a pruebas biológicas.— En aplicación de los arts. 127 y 135 CC, esta Sala tiene reiteradamente declarado que si bien la negativa a someterse a las pruebas biológicas no implica, ni supone, desde luego, una *ficta confessio*, sí supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración con la Administración de Justicia para determinar derechos de terceros cual es el hijo cuya filiación se reclama. La expresada doctrina jurisprudencial, por un lado, es aplicable al caso concreto aquí enjuiciado, en el que las demás pruebas existentes en el proceso acerca de las relaciones sexuales del demandado, aquí recurrente, con la actora, junto con la negativa de aquél a someterse a la pertinente y adecuada prueba biológica, permiten llegar a la conclusión de su paternidad con respecto a la menor Adriana, como han hecho las coincidentes sentencias de la instancia y esta Sala lo considera procedente.

Presunción de inocencia.— Esta presunción, que proclama para todo ciudadano el art. 24, número 2, párrafo primero, de la Constitución y que implica que el acusado (en cualquier ámbito jurídico en que lo sea) no está obligado a probar su inocencia, deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora, desde el momento en que aparece probada en autos la culpabilidad del acusado en cuestión, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso. (STS de 20 de diciembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— En el proceso promovido por Doña Isabel en representación de su hija menor Adriana, en grado de apelación recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que confirmando la de primera instancia estima la pretensión efectuada por la actora y declara que el padre de su hija Adriana es el demandado, que no se ha sometido a las pruebas biológicas de paternidad solicitadas. No prospera el recurso de casación interpuesto por el demandado. (A. C. S.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

43. Interpretación del testamento.— Es doctrina jurisprudencial muy reiterada que en la interpretación de los testamentos deberá el juzgador atenerse a su literal contexto y tal criterio ha de prevalecer sobre el privativo del recurrente a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador, debiendo excluirse únicamente *lo arbitrario*, el *muy manifiesto error*, lo *desorbitado* y los casos de *patente y manifiesto error*, prevaleciendo en otro caso la interpretación de instancia.

De esta forma se considera razonable y admisible la interpretación sustentada por el fallo recurrido, el cual conforme al proceso interpretativo propio de las disposiciones *mortis causa*, utilizó en primer lugar la literalidad de la cláusula debatida y ante la posible oscuridad o ambigüedad de la misma acu-

dió a la interpretación lógica y al criterio teleológico o finalista, sin desechar una utilización cautelosa de los llamados medios de prueba extrínsecos, para concluir una voluntad del testador basada en su afecto a la familia de los demandados, sin aislar como permite la jurisprudencia los diferentes criterios interpretativos, sino combinándolos armónicamente.

Por tanto la interpretación sólo puede ser desatendida cuando por la interpretación de la Sala de instancia haya sido *manifiestamente* tergiversada la voluntad del testador de modo que resulte arbitraria o absurda.

Concepto de sucesión legítima.— Entiende la sentencia que es erróneo el criterio por el cual se entiende como *sucesión legítima* aquella habida de matrimonio legítimo (expresión equívoca en Derecho) ya que por sucesión legítima ha de entenderse la sucesión abintestato regulada en el Código civil en defecto de la testamentaria.

Interpretación del art. 747 CC.— La disposición *herencia en favor del alma del testador* contenida en el testamento debatido no coincide con la interpretación dada por el recurrente al art. 747 CC, ya que el texto del citado precepto se refiere, no a la herencia en favor del alma, sino a la disposición de los bienes que hace el testador para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, texto que no es equivalente a la dicción del testamento en cuestión. (STS de 6 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— El Arzobispado de Valencia interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de los de Valencia contra Don J.L.E.J. y otros sobre declaración de derechos hereditarios, demanda que fue desestimada. La Audiencia Provincial de Valencia y el TS, sucesivamente, declararon no haber lugar al correspondiente recurso. (A.J.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

44. Contrato de seguro.— Es fundamental distinguir dos aspectos claramente diferenciados —que confunde la sentencia recurrida—: el del origen del evento que ha producido el daño cuyo resarcimiento fue objeto del contrato de seguro, a los efectos de lo dispuesto en el art. 19 LCS sobre la obligación del asegurador al pago de la prestación salvo que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, y el relativo a quienes puedan integrarse en ese conjunto de actos encaminados a disminuir los efectos del siniestro en virtud de la obligación del asegurado y del tomador del seguro de emplear todos los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del mismo que establece el art. 17 LCS. Esta es la cuestión controvertida en este proceso en cuanto se trata de precisar no la mala fe del asegurado sino si los dos vigilantes que viajaban en el vehículo propiedad de la recurrida, realizaron o no las maniobras

oportunas para evitar o disminuir los efectos del siniestro (en este caso un incendio). Estrechamente ligado al punto anterior se plantea el problema de determinar si en la interpretación que deba hacerse de *el asegurado o el tomador del seguro* podemos incluir en ella a los mandatarios, representantes, servidores, etc. de uno y otro (criterio adoptado por el juzgador de instancia y pretendido por la recurrente) o si por el contrario deben entenderse únicamente integrados en ella, en base a una estricta exégesis, los mencionados en el precepto.

La sentencia se inclina por la solución más amplia en cuanto mantener la estricta conduciría a que en seguros como el aquí contemplado, cuando el asegurado o el tomador del seguro fuera una persona jurídica, que debe desenvolverse a través de órganos, representantes o servidores, resultaría prácticamente imposible la aplicación del art. 17 LCS. Por tanto será relevante la evaluación de los actos efectuados por los empleados del asegurado o del tomador del seguro en orden a aminorar los efectos del siniestro para determinar, de acuerdo con el art. 17 LCS, la cuantía de la prestación del asegurador. Y ello en base, entre otros, a los siguientes argumentos: a) la más amplia letra del art. 17,1 LCS por cuanto que mientras en él se alude al asegurado y al tomador del seguro, en orden a las medidas a adoptar para disminuir las consecuencias del siniestro, el art. 19 LCS limita *la mala fe* al asegurado y b) no puede olvidarse la existencia del art. 1903,4 CC, que constituye la fuente general complementaria de los textos normativos iusprivativos. (STS de 1 de octubre de 1994; ha lugar al recurso).

HECHOS.— Seguridad 7, S.A. concertó el 11 de diciembre de 1984 con Caja de Seguros Reunidos S.A. (CASER) una póliza de seguro respecto de los riesgos de la actividad que como transportista aquélla desarrollaba. El 10 de noviembre de 1986, en el transcurso del viaje de uno de los vehículos blindados de la entidad asegurada, se produjo un incendio en el motor que no pudo ser sofocado y que produjo la pérdida total de la carga que transportaba, consistente en billetes del Banco de España por valor de 26.450.000 pesetas. Por Seguridad 7, S.A. se formuló demanda contra CASER por reclamación de 29.493.775 pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios e intereses de demora. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Las Palmas, estimando la existencia de una cierta culpa por parte de los dos vigilantes jurados que viajaban en el citado vehículo blindado al servicio de la entidad asegurada, condena a CASER a satisfacer a la actora la cantidad de 14.746.887 pesetas. Apelada dicha resolución por la actora la Sección Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de las Palmas dictó Sentencia el 2 de mayo de 1991 estimando íntegramente el recurso y condenando a CASER a lo solicitado por Seguridad 7, S.A. El TS casó la sentencia de la Audiencia Provincial confirmando el fallo de la del Juzgado de Primera Instancia. (A.J.C.)

45. Sociedad cooperativa. Nulidad de los acuerdos sociales.— No constituye abuso en el ejercicio de la jurisdicción, como dice el Tribunal Supremo en la presente sentencia, la impugnación directa ante la jurisdicción de aquellos acuerdos del Consejo Rector que no sean susceptibles del recurso de alzada ante la Asamblea General. Como es el caso del presente litigio en el que se impugna el acuerdo del Consejo Rector (de fecha 20 de junio de 1989) en el que dicho órgano de la Cooperativa o mejor dicho el instructor del expediente abierto a la mercantil H. del Sur S.A., aunque el Consejo viene a hacer suya tal providencia del instructor, inadmite el recurso planteado ante la Asamblea General por dicha sociedad contra el acuerdo de exclusión de la Cooperativa por haber sido interpuesto fuera de plazo, lo que determina el carácter ejecutivo de aquel acuerdo.

Por otra parte, señala la sentencia que «es clara la naturaleza administrativa de los expedientes sancionadores que regulan las Leyes nacional y autonómicas de Cooperativas y de los recursos que pueden interponerse ante la Asamblea General por lo que, en todo lo no previsto en las leyes específicas y en los estatutos de cada sociedad cooperativa, rigen con carácter supletorio las normas rectoras del procedimiento administrativo, en este caso, por razones cronológicas, las de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, según las cuales los plazos establecidos por meses se computan de fecha a fecha y, como regla general, si el último día del plazo es inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 60); notificado al socio excluido el acuerdo en que se decretaba su exclusión el día 11 de marzo de 1989, el plazo de un mes para recurrir ante la Asamblea General finalizaba el día 11 de junio siguiente, computando el plazo de fecha a fecha pero como tal día era inhábil por ser domingo, según está acreditado, el plazo finalizaba el siguiente día hábil, el lunes 12 de junio, en que fue presentado el recurso y al entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia no ha infringido los preceptos que se alegan como tales en el motivo cuya desestimación procede». (STS de 28 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La mercantil H. del Sur S.A. formuló demanda relativa a la impugnación de Acuerdos Sociales, ante el Juzgado n.º 2 de Granada, contra la Cooperativa Agrícola Olivarrera Santa Isabel, en cuyo súplico interesaba sentencia por la que se declarara la nulidad, ineficacia e improcedencia del acuerdo adoptado por el Consejo Rector de la mencionada Cooperativa en lo que se refiere a su expulsión como socio de la misma.

El Juez de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda, declarando que «el recurso interpuesto por la entidad actora contra el acuerdo del Consejo Rector de 8 de mayo de 1989, que acordaba su exclusión de la Cooperativa, fue interpuesto dentro del plazo legal, sin que hasta la fecha haya sido resuelto por la Asamblea General de la Cooperativa, por lo cual son nulos y carecen de virtualidad los acuerdos de la Cooperativa en relación a dicho punto, y entre ellos la providencia de 20 de junio de 1989, debiendo reponerse en su condición de socio a la

actora hasta en cuanto ello produzca, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por lo acordado, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada». Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuyo fallo es el que a continuación se recoge: «Que estimando en parte la demanda, debemos declarar y declaramos la nulidad de la resolución que le atribuyó carácter ejecutivo al acuerdo de expulsión de la sociedad demandante, al haber recurrido ésta dentro del plazo concedido al respecto, confirmándose la sentencia recurrida en cuanto coincida con esta declaración, y sin poderse estimar otro pedimento distinto del enunciado; todo ello, sin hacer mención especial de las costas causadas en ambas instancias». El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de la Cooperativa demandada. (V.M.L.)

46. Publicación en el Boletín Oficial de la convocatoria de Junta General de Sociedad Anónima quince días antes de su celebración: el cómputo del plazo debe comenzar el mismo día de la publicación, excluyéndose el de la celebración de la Junta en primera convocatoria.— Existe reiterada jurisprudencia interpretativa y vinculante del art. 53.1 LSA de 17 de julio de 1951, aplicable al caso de autos, (v.g. SSTS de 31 de mayo de 1983 y 29 de marzo de 1994) que tiene establecido que dado que los socios pueden comenzar a ejercitar los derechos que legalmente se les reconocen respecto de las Juntas Generales, el mismo día de la publicación de la convocatoria de éstas en el Boletín Oficial, el plazo legal de quince días previos a su celebración, que el art. 53.1 LSA de 1951 exige para dicha publicación, ha de comenzar a computarse el mismo día en que la misma se produce, excluyéndose sin embargo aquél en el cual la celebración de la Junta tiene lugar.

La interpretación expuesta no vulnera el art. 5-1 CC, ya que este precepto se refiere a los plazos señalados por días, a contar desde uno determinado, supuesto que no es el contemplado en el mencionado art. 53.1.

Cambio de razón social: ausencia de indefensión de los socios si de forma voluntaria inasisten a la Junta General; la literalidad del anuncio de los asuntos a tratar como orden del día, no precisa que coincida de forma plena y absoluta con los acuerdos que se tomen.— En los casos de cambio de razón social, los socios no pueden alegar indefensión, por falta de publicidad suficiente y necesaria de dicho cambio, si ellos mismos levantan acta notarial un día antes de la celebración de la Junta General Extraordinaria expresando el conocimiento de la celebración y finalidad de la misma; si el cambio de nombre es reflejado en un periódico de publicación diaria en la provincia; y además, si deciden libremente no hacer uso del derecho que la Ley les reconoce, en cuanto a solicitar y obtener certificación de los acuerdos adoptados.

No puede así mismo alegarse la falta de publicación del cambio en el Registro Mercantil, ya que el Reglamento regulador del mismo no fija un plazo determinado al respecto.

«A mayores razones, conforme a la doctrina de esta Sala, la literalidad del anuncio de los asuntos a tratar como orden del día (art. 56 LSA), no precisa que coincida en forma plena y absoluta con los acuerdos que se tomen (S de 28 de noviembre de 1991)».

Acuerdo de reducción de capital social a cargo de reservas libres de la Compañía: no exige imperativamente la necesidad de que previamente al acuerdo se haya realizado el balance del ejercicio inmediatamente anterior.— El «art. 101 autoriza la reducción de capital social bien por vía de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres, lo que exige, en este último supuesto, que dichas reservas libres existan y tengan consistencia real».

En el caso de autos, la reducción operó sobre el balance de la sociedad correspondiente al ejercicio de 1987, y no el de 1988 que era el inmediatamente anterior, pero ello no es óbice para la validez de la operación, dado que los administradores se encontraban dentro del plazo legal establecido para la confección y presentación de los balances de cada ejercicio (arts. 50 y 101 LSA de 1951), y las reservas eran efectivas y de disponibilidad.

A ello hay que añadir que la sociedad configuró una cuenta en su pasivo denominada «Reserva indisponible por reducción de capital», a fin de lograr una correcta contabilidad. (STS de 21 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Fernando T.C. y Don José y Don Fernando T.L.I. formularon juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, contra TOCAIMA, S.A. (antes Parking Financia, S.A.) sobre nulidad de tres acuerdos sociales adoptados entre septiembre de 1988 y abril de 1989, por no respetarse el plazo legal de publicación de la convocatoria de Junta General de los quince días anteriores a la misma; por falta de publicación y divulgación del cambio de razón social; y por último, por reducción inadecuada del capital social.

El Juzgado desestima la demanda, e interpuesto recurso de apelación, el mismo es igualmente desestimado por la Audiencia Provincial. Finalmente el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación presentado. (A.M.C.E.)

47. Recurso de casación. Error en la apreciación de la prueba.— De acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial, el motivo de casación basado en el error en la apreciación de la prueba tiene por objeto poner de manifiesto el error padecido por el Juzgador de instancia en su apreciación de la prueba practicada para la fijación de los hechos litigiosos que han de servir de fundamento a la sentencia que se dicte; por ello, se exige la expresión exacta de cuál es o en qué consiste el error imputado al Juzgador y la cita del concreto documento o documentos obrantes en autos que evidencian ese pretendido

error, con indicación de la parte del contenido del documento que contradice lo afirmado en la sentencia impugnada.

La carga de la prueba (art. 1214 CC).— Es reiterada la doctrina de esta Sala (sentencias de 30 de septiembre de 1991, 7 de mayo y 31 de mayo de 1993, entre otras) según la cual el art. 1214 CC, por su carácter genérico relativo al *onus probandi* y no contener regla alguna valorativa de la prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo en aquellos casos en que el Tribunal *a quo* hubiera invertido en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba. Además, como sigue razonando el Tribunal Supremo, sabido es que las reglas sobre inversión de la carga de la prueba sólo entran en juego cuando, a falta de prueba sobre un determinado hecho, se hace necesario determinar cuál de las partes litigantes ha de soportar las consecuencias de esa carencia de pruebas, lo que no acontece en el caso en que la Sala sentenciadora sienta sus conclusiones fácticas, como expresamente dice el Tribunal en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, partiendo de la prueba practicada.

Sociedad Anónima. Derecho de información de los socios.— La exigencia contenida en el actual art. 212.2 del Texto Refundido de la LSA relativa al derecho de los socios a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta y el informe de los auditores de cuentas, potencia el derecho de información del socio, frente a la legislación anterior, y ello con la finalidad de que los socios puedan obtener un conocimiento más completo de la marcha de la sociedad y puedan emitir su voto con un más fundado conocimiento de causa. Por otra parte, la exigencia de que se haga mención de ese derecho en la convocatoria, supone, igualmente, una potenciación del derecho de información del socio. De ahí que, como resulta de la doctrina jurisprudencial recaída bajo el imperio de la Ley de 1951 (SS de 13 de abril de 1962, 3 de mayo de 1977 y 20 de junio de 1982, a su vez recogidas en la más reciente sentencia de 26 de enero de 1993), las cautelas legalmente establecidas para hacer efectivo el derecho de información de los socios no pueden ser eludidas por la sociedad dado su carácter imperativo. Impuesta por el inciso final del art. 212.2 de la vigente LSA la obligación de que la convocatoria de la junta se haga mención del derecho a la obtención de los documentos que cita y en la forma en él prevista, no puede entenderse cumplido ese requisito de la convocatoria con la mención que se contiene en la junta impugnada (en donde se dice expresamente que «quedan a disposición de cualquier accionista los documentos indicados en el punto primero de esta convocatoria») ya que tal puesta a disposición no satisface el derecho de información de los socios tal y como se regula en el repetido art. 212.2 tantas veces citado. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido dicho precepto. (STS de 15 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— En la demanda inicial de los autos de que trae causa este recurso de casación, formulada por Don Miguel S.C. contra Industrial B. S.A., se solicita la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad demandada celebrada el día 28 de junio de 1990, alegándose como motivos de la nulidad pretendida, en primer lugar, la vulneración del art. 212 del Texto Refundido de la LSA por cuanto en la convocatoria de la junta no se hizo constar el derecho de los accionistas a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma y el informe de los auditores de cuentas. En segundo lugar, la omisión de la convocatoria, entre los puntos a debatir en la junta, de la censura de la gestión social. En tercer y último lugar, el no haber sido sometidas las cuentas sociales al examen del demandante, designado censor de cuentas en la anterior junta ordinaria de 1989.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granollers estimó íntegramente la demanda y declaró nulos los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 28 de junio de 1990. La Audiencia Provincial de Barcelona, revocó la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda. Prospera el recurso de casación y el Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia. (V.M.L.)

48. Propiedad industrial. Nombre y marca comercial.— La colisión de intereses contrapuestos en el presente pleito se proyecta claramente sobre las consecuencias de la coincidencia de los signos que emplean los que litigan en el tráfico mercantil similar para ambos (comercialización del material propio de la industria de óptica), con las consiguientes repercusiones negativas hacia los consumidores, a los que se puede inducir a confusión y, en todo caso, a desorientación, por lo cual «corresponde a los Tribunales -como sigue la Sala- fijar en cada caso concreto si se da suficiente distinción y compatibilidad o, por el contrario, situaciones de semejanza e identidad, lo que cabe ser revisado en casación si resulta acreditado que las apreciaciones que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta para conformar su decisión no son correctas, por contradecir la normativa legal, el ordenado sentido de las cosas y se presentan totalmente inadecuadas (sentencias de 14 de abril de 1993 y 16 de junio de 1994)».

Precisamente esto último es lo que acontece en este caso, ya que la confundibilidad de los signos resulta totalmente evidenciada: el distintivo EUROPTICA responde a la ideación y creación, por la unión del vocablo óptica, de uso corriente, al de Europa, aunque se separen de un guión (como es el signo comercial que utiliza el recurrido). Tal signo carece de suficiente identidad diferenciadora, pues la denominación permanece intacta en su integridad fonética e incluso visual. En efecto, como dice el TS en esta sentencia «el proceso comparativo a efectos de similitud, que en el orden registral prohibitivo contiene el art. 12 de la Ley de Marcas, ha de llevarse a cabo respecto a la generalidad y conjunto de los signos cuestionados, conforme queda ex-

puesto, sin que proceda realizar descomposiciones fonéticas o gramaticales, que serían siempre artificiales y contrarias a lo que las denominaciones realmente contienen, expresan y transmiten, pues es lo que alcanzan y refieren los usuarios (sentencias de 24 y 10 de mayo de 1990, 14 de abril de 1993 y 19 de mayo de 1993, entre otras)».

Si bien en el presente litigio, la marca registrada se integraba con la denominación EUROPTICA y un gráfico que la enmarca (art. 144-2.º del Estatuto como precedente del art. 16.c) de la Ley de Marcas), diseño que no es utilizado por el recurrido, no impide, sin embargo, que se pueda seguir hablando de un uso ilegal del distintivo comercial, «ya que —como razona el TS— el elemento más llamativo y nuclear del negocio de la parte recurrente lo constituye precisamente la denominación usurpada EUROPTICA y es la que origina por sí las situaciones de confusión, tanto para proveedores como para consumidores, actuando el gráfico como complementario, partiendo de que al tratarse de marca mixta, ha de tenerse en cuenta su conjunto y en el de autos tal dibujo no actúa con la suficiente intensidad para que por sí mismo opere y facilite la distinción normal y ordinaria entre los signos de la recurrente y el comercial de la recurrida y aleje toda posibilidad de error para los interesados». Además, hay que tener en cuenta —como dice el TS— que las marcas y nombres comerciales tienen un ámbito nacional, lo que no sucede con los rótulos que, según el art. 83 de la Ley de Marcas, atienden al término o términos municipales que se consignan en la solicitud.

Indemnización de daños y perjuicios. El art. 36 de la Ley de Marcas.— Tanto este precepto como su antecedente, el art. 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial, establecen el derecho a ejercitar facultativamente, pues dice «podrá pedir», a favor del titular cuyo derecho de marca haya sido lesionado, la indemnización de los daños y perjuicios causados, pero no en forma abstracta, sino cuando efectivamente se hayan irrogado o sufrido, como es la expresión que utiliza la norma. De esta manera, sigue la Sala, «no basta para su estimación la advertencia fehaciente al obligado, que, en este caso, tuvo lugar a medio de requerimiento notarial, sino que también es preciso y no le releva de la necesaria actividad procesal de aportación de pruebas concluyentes y decisivas tanto de la realidad de efectivos perjuicios como de culpa, lo que no aconteció en el presente litigio». (STS de 25 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— En la presente sentencia, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se confirmaba la dictada en la instancia que, a su vez, rechazaba la demanda interpuesta por EUROPTICA M.M. S.A. contra Don Jacinto S.A., en relación con la utilización de un distintivo comercial (EURO-OTICA) en un establecimiento de óptica del que el demandado era titular en la localidad de Majadahonda desde 23 de julio de 1986. Resulta relevante al caso el hecho cierto de que Don Jacinto S.A. carecía de toda inscripción de los signos de su empresa en el Registro de la Propiedad Industrial, mientras que la demandante-recurrente,

Európtica M. M. S.A., figura como titular registral en vigencia del rótulo EUROPTICA desde el 20 de febrero de 1980; de la marca del mismo nombre con gráfico desde el 2 de octubre de 1979 y su propia razón social como nombre comercial a partir del 25 de octubre de 1984.

El Tribunal Supremo apreció el recurso de casación formulado por la entidad demandante Európtica M.M. S.A., en el sentido de declarar el mejor derecho a su favor sobre la denominación comercial EUROPTICA y su exclusivo uso, condenando al demandado Don Jacinto S.A. a estar y pasar por esta decisión, prohibiéndole poner dicho distintivo en sus productos o en su presentación, ofrecerlos, comercializarlos o almacenarlos con este fin u ofrecer o prestar servicios con el referido signo EUROPTICA, así como también utilizarlo en documentos de su negocio y publicidad, de todo lo cual se excluirá el rótulo de su establecimiento en Majadahonda. (V.M.L.)

49. Modelos de utilidad. Requisitos básicos.— La doctrina jurisprudencial hace radicar el elemento básico de los modelos de utilidad, no en la forma sino en el hecho de producir una utilidad, esto es, un beneficio o efecto nuevo o un novedoso resultado industrial, criterio que aparece claramente señalado en la S. de 24 de julio de 1989, en la que pone de relieve además del examen individual de los elementos del modelo de utilidad, el conjunto funcional de ellos. Requisitos de novedad o evidente utilidad que deben ser apreciados por los tribunales de instancia, y que se observan también en las SS. de 28 de marzo de 1989 y las numerosas en la misma citadas, así como en la de 30 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1992 y 23 de septiembre de 1992, 10 de mayo de 1994 y 31 de mayo de 1994. (STS de 15 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La entidad «O.A.K., S.A.», formuló demanda sobre propiedad industrial contra «GURELESA», por uso de patente sin autorización, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare que «O.A.K., S.A.» ostenta, como titular del Modelo de Utilidad núm. 225.242 por «Caja apilable encajable perfeccionada», el derecho exclusivo de fabricación, ofrecimiento e introducción en el comercio o utilización o posesión para alguno de los fines mencionados en el objeto de tal modelo, que la parte demandada lo invade, y que por ello se condene a ésta a cesar la explotación directa o indirectamente y, por tanto, de fabricar, ofrecer en el mercado o introducir en el comercio o utilizar «cajas de características esenciales o técnicamente iguales a las reivindicadas en el modelo de utilidad expresado», así como indemnizar a la actora los daños y perjuicios sufridos, incluido el lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda y el recurso de apelación, respectivamente. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R.D.R.)

III. DERECHO PROCESAL

50. Congruencia.— Es constante doctrina del TS que la congruencia implica una conformidad material y razonable de la sentencia con las peticiones de los litigantes y no, cual aquí se pretende, una absoluta a la par que rígida conformidad con las mismas. (SS de 3 de abril y 20 de junio de 1991, 26 de octubre de 1992, 24 de junio de 1993 y 18 de mayo de 1994, por no citar sino las más recientes).

Interpretación de la Ley de Aguas de 1879.— La interpretación que debe darse a la derogada Ley de Aguas de 1879, ha de realizarse en los actuales momentos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3,1 CC, en base a criterios no sólo gramaticales, históricos y sistemáticos, sino también sociales, debiendo tenerse para ello en cuenta los preceptos constitucionales (Sentencias de 31 de marzo y 23 de julio de 1981 y 4 de mayo de 1982, entre otras).

Recurso de casación.— Los preceptos específicamente administrativos no tienen encaje en la Casación, según una muy constante doctrina jurisprudencial. (STS de 28 de octubre de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Denia estimó parcialmente la demanda (y la renconvención) formulada por Don F.R.I. contra Doña F.I.R. sobre el uso de unos pozos de agua. La sección Sexta de lo Civil de la Audiencia Provincial dictó sentencia el 17 de julio de 1991 estimando parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

